



## Tilburg University

### De Faillissementspauliana

van Dijck, G.

*Publication date:*  
2006

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

van Dijck, G. (2006). *De Faillissementspauliana: Revisie van een Relict*. Wolf Legal Publishers (WLP).

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# De faillissementspauliana

Revisie van een relict



# De faillissementspauliana: revisie van een relict

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR  
AAN DE UNIVERSITEIT VAN TILBURG, OP GEZAG VAN  
DE RECTOR MAGNIFICUS, PROF. DR. F.A. VAN DER DUYN SCHOUTEN,  
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN TEN OVERSTAAN VAN EEN DOOR HET  
COLLEGE VAN PROMOTIES AANGeweZEN COMMISSIE IN DE AULA VAN DE  
UNIVERSITEIT OP VRIJDAG 1 DECEMBER 2006 OM 14:15 UUR

DOOR

GIJS VAN DIJCK

GEBOREN OP 30 DECEMBER 1980  
TE  
VEGHEL

Promotores:

prof. mr. J.B.M. Vranken (UvT)  
prof. mr. R.D. Vriesendorp (UvT)  
prof. mr. C.E.C. Jansen (VU)

Dit onderzoek is mede mogelijk gemaakt door financiële steun van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) te Den Haag.

## Inhoudsopgave

### **Voorwoord** **XIII**

#### INLEIDING

#### **Inleiding en verantwoording** **1**

1	Aanleiding voor het onderzoek	1
2	Hypothese, onderzoeksvraag en doel van het onderzoek	2
3	Werkwijze en subvragen	3
4	Toetsingskader	6
5	Empirisch onderzoek	8
5.1	Onderzoeksvragen en -doelen	8
5.2	Kwantitatief onderzoek	8
5.3	Kwalitatief onderzoek	10
5.4	Uitvoering	12
5.5	Presentatie	13
6	Buitenlandse rechtsstelsels	13
7	Opzet	14

### **Deel I Bezwaren**

#### **Inleiding** **17**

1	Subvragen	17
2	In hoeverre houden de problemen rond de faillissementspauliana verband met het instrument zelf?	17
3	Het inventariseren van de bezwaren tegen de faillissementspauliana: plan van aanpak	22

#### HOOFDSTUK 1

#### **Onderscheid verplicht-onverplicht** **25**

1	Inleiding: verplichte en onverplichte handelingen	25
2	Relativering van het pacta sunt servanda	25
3	Het onderscheid en de opkomst van lijsten van gezichtspunten	27
3.1	Inleiding	27
3.2	Van legisme naar contextualisme ...	27
3.3	... en de opkomst van gezichtspuntencatalogi	30
4	Manipuleerbaarheid onderscheid verplicht-onverplicht	33
4.1	Manipuleerbaarheid	33
4.2	Tijdens financiële moeilijkheden bij de schuldenaar	33

4.3	Vóór financiële moeilijkheden bij de schuldenaar	34
5	Het onderscheid verplicht-onverplicht in de literatuur	36
6	Het onderscheid verplicht-onverplicht in de praktijk	37
7	Conclusie	39
<b>HOOFDSTUK 2</b>		
<b>Benadeling van schuldeisers</b>		<b>41</b>
1	Inleiding	41
2	Wanneer is sprake van benadeling van schuldeisers?	41
3	Geen kritiek vanuit de ontwikkelingslijnen	42
4	Benadeling in de literatuur	42
5	Benadeling in de praktijk	44
6	Conclusie	46
<b>HOOFDSTUK 3</b>		
<b>Overlegcriterium</b>		<b>47</b>
1	Inleiding	47
2	Het overlegcriterium naar geldend recht	47
3	Objectivering van normen	50
4	Objectivering en overlegcriterium	54
5	Overlegcriterium in de literatuur	54
6	Overlegcriterium in de praktijk	54
7	Conclusie	56
<b>HOOFDSTUK 4</b>		
<b>Wetenschapscriteria</b>		<b>57</b>
1	Inleiding	57
2	Wetenschap en het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden	58
2.1	Een korte introductie	58
2.2	Op de faillissementspauliana gelijkende gevaltypen	59
2.3	De faillissementspauliana met de andere gevaltypen vergeleken	63
2.3.1	Wetenschap is een voornaam criterium	63
2.3.2	Wetenschap aan de zijde van de schuldenaar is niet vereist	63
3	Wetenschap en zorgplichten	64
3.1	Zorgplichten in het algemeen	64
3.2	Zorgplichten in tweepartijenverhoudingen	65
3.3	In driepartijenverhoudingen	66
3.4	Kenmerken van zorgplichten	70
3.5	Zorgplichten in relatie tot wetenschapscriteria bij de faillissementspauliana	71

4	Wetenschap, gezichtspuntencatalogi en de objectivering van normen	75
5	Wetenschapscriteria in de literatuur	78
6	Wetenschapscriteria in de praktijk	78
	6.1 Wetenschap van benadeling	78
	6.2 Wetenschap van de faillissementsaanvraag	81
7	Conclusie	83
HOOFDSTUK 5		87
<b>Rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van de criteria</b>		<b>87</b>
1	Inleiding	87
2	Bestaande rechtsgevolg	87
3	Relativering van nietig- en vernietigbaarheden	89
4	Het bestaande rechtsgevolg en relativering van nietig- en vernietigbaarheden	92
	4.1 Inleiding	92
	4.2 Onnodige restitutieverbodingen	92
	4.3 Herstel in de oude toestand neemt het nadeel niet weg (objectgerichtheid)	93
5	Het bestaande rechtsgevolg in de literatuur	94
6	Het bestaande rechtsgevolg in de praktijk	94
7	Conclusie	95
<b>Conclusie Deel I</b>		<b>97</b>



## **Deel II Revisie**

### **Inleiding 107**

#### HOOFDSTUK 6

### **De wenselijkheid van het alternatief instrument en de invulling daarvan op hoofdlijnen 109**

1	Inleiding	109
2	Waarom een (alternatief) instrument?	109
2.1	Omwille van financiële (verhaals)belangen?	109
2.2	Omwille van het algemeen belang?	111
2.3	Omwille van efficiëntie?	111
2.4	Omwille van eerlijkheid?	115
2.5	Conclusie	118
3	Is het ontwikkelen van een nieuw instrument noodzakelijk?	119
3.1	Inleiding	119
3.2	Geobjectiveerde wetenschap bij artikel 47 Fw	119
3.3	Binding aan goede-trouw criterium	120
3.4	Elastische benadering van de Pauliana	122
3.5	Conclusie	123
4	Hoofdlijnen van het alternatieve instrument: waar het toetsingskader toe dwingt	123
4.1	De verhouding wederpartij-schuldeisers staat centraal	123
4.2	Actieve opstelling	123
4.3	Onder de alternatieve criteria vallen situaties die thans met criteria van andere instrumenten worden beoordeeld	124
4.4	Geobjectiveerde gezichtspunten	125
5	Conclusie	127

#### HOOFDSTUK 7

### **Inventariseren van gezichtspunten 129**

1	Inleiding	129
2	Uncitral / IMF rapporten	130
3	Duitsland	131
3.1	Introductie en achtergronden	131
3.2	Relevante aantastingsgronden	132
4	Engeland	133
4.1	Introductie en achtergronden	133
4.2	Relevante aantastingsgronden	135
5	Benadeling	136
6	Verdachte perioden	138

7	Financiële toestand schuldenaar	138
8	Intenties	139
9	Wetenschap	142
10	Hoedanigheid van partijen	143
11	Onderscheid verplicht-onverplicht	145
12	Gebruikelijkheid (normaliteit)	146

## HOOFDSTUK 8

### **Constructie van het alternatieve instrument** **147**

1	Inleiding	147
2	De gevonden gezichtspunten getoetst op hun bruikbaarheid	147
3	Concretisering van gezichtspunten	153
3.1	Inleiding	153
3.2	Co-regulering	153
3.3	Benadeling van schuldeisers	157
3.4	Financiële toestand	158
3.5	Hoedanigheid van partijen	159
3.6	Gebruikelijkheid	161
3.7	Gebruikelijkheid en wederpartijen zonder 'eigen' voordeel	164
3.8	Gebruikelijkheid en geseceerde schuldeisers	166
3.9	Hoedanigheid en gebruikelijkheid in een matrix	168
3.10	Co-regulering: wie doet wat?	170
4	Hiërarchie van gezichtspunten	171
5	Stappenplan	172
6	Gevolgen stappenplan voor criteria van andere instrumenten	173

## HOOFDSTUK 9

### **Rechtsgevolgen van succesvolle toepassing van de criteria** **177**

1	Inleiding	177
2	Buitenlands recht	177
2.1	Duits recht	177
2.2	Engels recht	178
3	Een rechtsgevolg naar Engels model	180
4	Praktische aspecten	182

### **Conclusie Deel II** **185**

## Deel III Verkenning en discussie

### **Inleiding** 191

#### HOOFDSTUK 10

### **Bestaande bezwaren/problemen weg?** 193

1	Inleiding	193
2	Theoretisch bezwaar 1: manipuleerbaarheid van het onderscheid verplicht-onverplicht	193
3	Theoretisch bezwaar 2: Wetenschap gaat niet op in andere gezichtspunten	194
4	Theoretisch bezwaar 3: onvoldoende geobjectiveerde criteria (wetenschapscriteria + overlegcriterium)	194
5	Theoretisch bezwaar 4: Wetenschap aan de zijde van de schuldenaar behoort geen vereiste te zijn	195
6	Theoretisch bezwaar 5: Rekening houden met belangen van schuldeisers begint niet altijd vanaf het moment dat deze in het geding komen	195
7	Theoretisch bezwaar 6: Alleen bij een (rechts)handeling kan sprake zijn van ongeoorloofdheid (en niet bij een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar)	196
8	Theoretisch bezwaar 7: Van wederpartijen die door de curator worden aangesproken wordt onvoldoende een actieve opstelling verwacht	196
9	Theoretisch bezwaar 8: Rechtsgevolgen succesvolle toepassing criteria	196
10	‘Ander probleem’ 1: Waardebepalingen bij vaststellen benadeling	197
11	‘Ander probleem’ 2: Contextuele benadering benadelingsvereiste	197
12	‘Ander probleem’ 3: (Andere) onduidelijkheden	197
13	Mogelijk ‘ander probleem’ 4: Wetenschapscriteria niet altijd bestand tegen vennootschappelijke constructies	198

#### HOOFDSTUK 11

### **Hoe werkt het alternatieve instrument?** 199

1	Inleiding	199
2	Handeling om niet	200
3	Verkoop beneden de werkelijke waarde	203
4	Betaling	206
5	Samengestelde transactie, inbetalinggeving of schuldvernieuwing	208
6	Vestiging zekerheidsrechten bij kredietverlening	211
7	Monitoren	213
8	Selectieve betaling	216
9	Kennelijk onbehoorlijk bestuur	218

10	Verrekening vóór faillissement	221
11	Verschillen oud en nieuw	223
12	Eerste indruk van mogelijk nieuwe kritiek	224
<b>Conclusie Deel III</b>		<b>229</b>
SAMENVATTING		
<b>Samenvatting</b>		<b>231</b>
SUMMARY		
<b>Summary</b>		<b>241</b>
<b>Lijst van verkort aangehaalde literatuur</b>		<b>251</b>
BIJLAGEN		
<b>Bijlage 1: Kwantitatief empirisch onderzoek</b>		<b>271</b>
1	Onduidelijkheden	271
2	Bewijsmoeilijkheden	274
3	Geschillen	276
4	Rechtsgevolg	280
5	Stijging uitkeringspercentages door opbrengst	281
<b>Trefwoordenregister</b>		<b>283</b>



## Voorwoord

Het zal opvallen dat ik in dit proefschrift veel aandacht besteed aan de methode van onderzoek en de verantwoording ervan. Voor juridisch onderzoek is dat, in vergelijking met andere disciplines, ongebruikelijk. Het kijken naar de methodologie van andere disciplines heeft mij geleerd dat er in juridisch onderzoek veel ‘gebeurt’. Niet alleen bestaan studies vaak uit zowel het analyseren van problemen als het oplossen ervan, ook vindt dit nogal eens plaats mede aan de hand van rechtsvergelijking, het lenen van inzichten van andere wetenschapsdisciplines of, vergaander, het incorporeren van methoden die daarin worden gehanteerd.

Deze studie wijkt niet af van dit concept, maar reflecterend op de voorbije periode rijst bij mij de vraag of een beperkte insteek niet de voorkeur verdient. Had ik niet gewoon kunnen en moeten stoppen na het (empirisch) in kaart brengen van de bestaande problemen, het leggen van een relatie tussen de gevonden problemen en belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht, en het formuleren van verdere onderzoeksvragen?

Deze vraag raakt de kern van het doen van onderzoek: waar gaat het om in onderzoek, moet het allemaal wel zo? Buitengewoon fascinerend en leerzaam zijn de gesprekken hierover met Jan Vranken, een fenomeen. Maar ook aan mijn andere promotores komt dank toe. Chris Jansen, met zijn onuitputtelijke enthousiasme, en Reinout Vriesendorp, de begeleider die je naar je vakantiebestemming volgt om je in de gaten te houden.

De commissieleden (prof. mr. Jac. Hijma, prof. mr. J.J. van Hees, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers en dr. F.W. Winkel) dank ik omdat zij de uitkomsten van het onderzoek hebben willen lezen en, belangrijker, het manuscript hebben goedgekeurd. Verder noem ik (steeds in alfabetische volgorde) mijn paranimfen, Jeroen en Matthijs; Frans, Lucas, Machteld, Matthijs en Stéphanie voor hun opmerkingen en tips bij mijn dissertatie; Greetje, Floortje, Paul, Yvonne en Valerie, voor het lezen van delen ervan dan wel voor hun hulp bij de uitvoering van het empirisch onderzoek; Frans van Koppen, die verder nog zeer behulpzaam was bij het schrijven van de Engelse samenvatting; prof. dr. Stefan Bogaerts, die mij zoveel mogelijk voor blunders heeft behoed bij het vormgeven van het empirisch onderzoek; en Lieke, voor haar ondersteuning bij tal van praktische zaken. Daarnaast zijn veel personen, van binnen en buiten de Universiteit van Tilburg, die mij op allerlei fronten hebben geholpen maar die ik niet allemaal kan noemen.

Met het bedanken van alleen degenen die hebben bijgedragen aan mijn boek, doe ik mijn omgeving tekort. Gelukkig (of beter: hopelijk) gaat het in relaties, bij familie of bij vrienden niet om het genoemd worden in een voorwoord, maar om de persoon die je bent. Dat geldt ook voor jou Harry, maar ik noem jou toch, gewoon omdat ik het leuk vind dat je deze gebeurtenis als trotse vader meemaakt.



## Inleiding en verantwoording

### 1 Aanleiding voor het onderzoek

De actio Pauliana<sup>1</sup> is een bijzonder leerstuk. Voor een lange periode is zij vrijwel het enige instrument in het Nederlandse<sup>2</sup> privaatrecht geweest dat aan een derde de bevoegdheid geeft om rechtshandelingen van een schuldenaar met anderen aan te tasten, dat wil zeggen om handelingen aan te tasten waar hij (de derde) geen partij bij is geweest.<sup>3</sup> Ook het rechtsgevolg is bijzonder: voor zover rechten van rechtsopvolgers te goeder trouw daarbij niet in het geding komen, worden vermogensverschuivingen als gevolg van ongeoorloofde (paulianeuze) handelingen teruggedraaid. Daarmee heeft de actio Pauliana tot doel de belangen van schuldeisers te beschermen.

In deze studie staat de faillissementspauliana<sup>4</sup> centraal, omdat de problematiek zich daar het sterkst manifesteert en daar ook het meest actueel is. Uit de literatuur, waarover later meer, blijkt dat het leerstuk vragen en punten van kritiek oproept die te maken hebben met de bestaande criteria van de faillissementspauliana. De kritiek betreft met name vereisten als ‘wetenschap’, ‘overleg’ en het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte (rechts)handeling. Zo zou de faillissementspauliana in sommige gevallen te beperkt zijn om ongeoorloofd handelen vóór een faillissement tegen te gaan.

Auteurs die voorstellen tot verbetering doen, zoeken deze meestal in het oprekken van de bestaande criteria, bijvoorbeeld door ze te vervangen door het goede-trouw-criterium van artikel 54 Fw. Hun suggesties zijn nogal eens gedaan naar aanleiding van arresten van de Hoge Raad, waaruit (mogelijke) problemen werden gedistilleerd. Deze aanpak heeft als beperking dat alleen die problemen worden opgelost die naar aanleiding van een (toevallige) uitspraak van de rechter zijn ontstaan. Verder is het onduidelijk hoe vaak een probleem zich voordoet in de praktijk. Tot slot roepen de voorstellen tot verbetering nieuwe kritiek op bij andere auteurs; de reikwijdte van de faillissementspauliana zou daarmee (op sommige punten) te ruim worden.<sup>5</sup> De gedane voorstellen lijken dan ook niet de best werkbare oplossingen te bieden. Dit onderzoek kiest daarom voor een meer fundamentele aanpak.

1 Art. 3:45 BW en 42-47 Fw. Voor de ontstaansgeschiedenis zie Ankum 1962, p. 16-17, p. 63 en de aldaar genoemde verwijzingen. Digsten, D. 22, 1, 38, 4.

2 Voor andere landen ligt dit anders. Zo geeft het Franse recht met de ‘action directe’ en de ‘action oblique’ de derde op meer punten de bevoegdheid om vorderingen tegen contractpartijen in te stellen, zie hierover bijvoorbeeld Schrage 2003, p. 521-523.

3 Voor eenzelfde omschrijving van het begrip ‘derde’ zie Asser-Hartkamp 2000 (4-II), nr. 380; Vranken 2002, p. 40, noot 3; Vranken 1997, p. 715, noot 1.

4 Art. 42-47 Fw. Indien nodig behandel ik of tekortkomingen van de faillissementspauliana via andere wegen worden opgelost, zoals met behulp van het onrechtmatige-daadartikel van art. 6:162 BW.

5 Voor de voorstellen en de kritiek erop: Vriesendorp 1996a; Kortmann/Faber 1996; Winter 1998a; Vriesendorp 1999c; van Koppen 2000; Huizink 2001; van Koppen 2001.



## 2 Hypothese, onderzoeksvraag en doel van het onderzoek

De meer fundamentele aanpak die in deze studie wordt gevolgd, houdt in dat de faillissementspauliana in verband wordt gebracht met ontwikkelingen die sinds grofweg 1896, het jaar waarin de Faillissementswet in werking trad, in het Nederlandse vermogensrecht hebben plaatsgevonden. De reden dat voor deze intern-systematische toetsingsmaatstaf is gekozen, is het vermoeden dat de faillissementspauliana en het (vermogens)recht zich in ruim 100 jaar van elkaar hebben vervreemd.<sup>6</sup> Aan deze reden ligt de aanname ten grondslag dat het (vermogens)recht coherent, en daarmee voorspelbaar, dient te zijn, en dat het in zekere zin een weerslag vormt van maatschappelijke opvattingen.<sup>7</sup>

Het onderzoek vertrekt dan ook vanuit de hypothese dat

*een belangrijk deel van de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande faillissementspauliana zijn aangevoerd, hun oorzaak vinden in, en dus te relateren zijn aan, belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht.*

Het is mogelijk dat gaandweg het onderzoek blijkt dat ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht ongeschikt zijn als beoordelings- of toetsingskader om de bestaande bezwaren en problemen te plaatsen danwel op te lossen. In dat geval dient de hypothese te worden verworpen en te worden geconcludeerd dat de faillissementspauliana zo bijzonder is dat deze figuur niet behoort aan te sluiten bij het hedendaagse vermogensrecht. Mogelijk is dan het toetsen aan ontwikkelingen in het vennootschapsrecht of een rechtseconomische analyse zinvoller.

Als de (te onderzoeken) hypothese wordt bevestigd, rijst de vraag of de kritiek kan worden weggenomen door een alternatief instrument te construeren dat wél aansluit bij die ontwikkelingen, en zo ja, welke mogelijk nieuwe kritiek dat alternatief instrument genereert. Het begrip ‘instrument’ bestaat overigens uit de criteria waarmee de grens tussen geoorloofd en ongeoorloofd kan worden afgebakend alsmede de rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van die criteria.

De vraag die in deze studie centraal staat, luidt dan ook:

*Kan op basis van ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht een alternatief instrument worden ontwikkeld dat een belangrijk deel van de bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana wegneemt, en zo ja, welke mogelijk nieuwe kritiek genereert dit instrument?*

Met de beantwoording van deze vraag wordt inzicht verkregen in de aard van de problematiek, of anders gezegd, in de oorzaak van de bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana. Tevens levert dit onderzoek een bijdrage aan het oplossen van die problemen.

---

6 Voor zover men de faillissementspauliana niet als een geheel op zichzelf staande rechtsfiguur zou zien, maar als een *lex specialis* van bijvoorbeeld de onrechtmatige daad, de ongerechtvaardigde verrijking of de redelijkheid en billijkheid, dan is de gedachte dat dit onderdeel (deze *specialis*) van de onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking of redelijkheid en billijkheid zich anders heeft ontwikkeld dan andere onderdelen.

7 Bijvoorbeeld Barendrecht 1992, p. 22–43; van Zaltbommel 1993, p. 4–5.

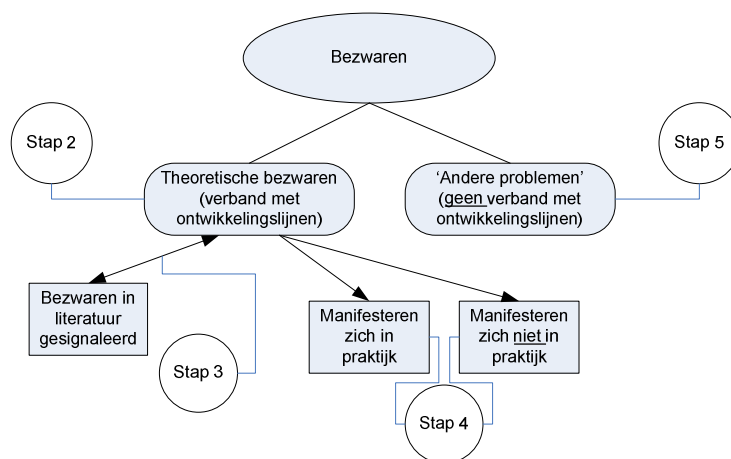
### 3 Werkwijze en subvragen

Om de hiervoor genoemde onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, dient eerst te worden vastgesteld dat er problemen rond de faillissementspauliana bestaan die in belangrijke mate het gevolg zijn van de faillissementspauliana zelf en niet van externe omstandigheden, zoals een wederpartij die geen verhaal blijkt te bieden (*stap 1*). Als problemen niet of nauwelijks te maken hebben met de faillissementspauliana zelf (de criteria en het rechtsgevolg van een succesvolle toepassing daarvan), heeft het vanuit praktisch oogpunt weinig zin om problemen op te lossen die de criteria raken.

Na de vaststelling, dat de problemen *rond* de faillissementspauliana te maken hebben *met* het instrument *zelf*, moet vast komen te staan dat er vanuit de ontwikkelingslijnen bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana kunnen worden aangevoerd, welke bezwaren hierna worden aangeduid als ‘theoretische bezwaren’ (*stap 2*; figuur 1). Het beschrijven van die ontwikkelingen gebeurt aan de hand van literatuur en jurisprudentie.

Na het in kaart brengen van deze theoretische bezwaren, kan worden bekeken in hoeverre deze overeenkomen met de kritiek die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur is beschreven (*stap 3*; figuur 1). Deze stap is van belang om de hypothese te toetsen, dit wil zeggen te toetsen of de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande faillissementspauliana zijn aangevoerd, in belangrijke mate te relateren zijn aan belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Of, anders geformuleerd, dat de problemen met en discussies over de bestaande faillissementspauliana (mede) zijn terug te voeren op discrepanties met ontwikkelingen in het vermogensrecht.

Het is niet bekend of de problemen die in literatuur worden gesignaleerd, representatief zijn voor de problemen in de werkelijkheid. Daarom wordt in deze studie empirisch onderzocht tegen welke problemen de praktijk aanloopt. Hiermee kan worden geanalyseerd (i) welke theoretische bezwaren zich in de praktijk manifesteren (*stap 4*; figuur 1) en (ii) welke problemen géén verband houden met ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht (hierna: ‘andere problemen’) (*stap 5*; figuur 1).



Figuur 1

Het is belangrijk om ook deze ‘andere problemen’ in kaart te brengen. Als die de theoretische bezwaren overschaduwden, dient het toetsingskader te worden uitgebreid of zelfs de conclusie te worden getrokken dat ontwikkelingen in het vermogensrecht niet het toetsingskader behoren te zijn om te beoordelen of bestaande faillissementspauliana adequaat is.

Vooralsnog veronderstellende dat een belangrijk deel van de bezwaren te relateren is aan de ontwikkelingslijnen (dus dat eventuele ‘andere problemen’ de theoretische bezwaren niet overschaduwden), ligt het voor de hand een nieuw instrument te construeren aan de hand van de belangrijke vermogensrechtelijke ontwikkelingen. De vraag die hier echter aan voorafgaat, is of er überhaupt een instrument moet bestaan om gedragingen te beoordelen die vóór een faillissement hebben plaatsgevonden en die primair<sup>8</sup> benadeling van schuldeisers tot gevolg hebben (*stap 6*). Misschien is het wel beter om het optuigen van zo’n instrument achterwege te laten en geen faillissementspauliana (en alternatieven daarvoor zoals de onrechtmatige-daadsactie wegens benadeling in de verhaalsmogelijkheden) te hebben.

Als een (alternatief) instrument wenselijk is, dient het vervolgens te worden ontwikkeld. Dit gebeurt eerst door te onderzoeken of reeds aangedragen oplossingen wél aansluiten bij belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht (*stap 7*). Zo niet, dan wordt aan de hand van de ontwikkelingslijnen een nieuw alternatief instrument opgebouwd (*stap 8*).

Dat instrument dient dan in ieder geval de theoretische bezwaren weg te nemen (*stap 9*). Tevens wordt bezien of het naar verwachting ook de ‘andere problemen’ kan oplossen (die geen verband houden met de ontwikkelingen). Vervolgens pas ik het alternatieve instrument toe op gevallen (casus) die aan de bestaande rechtspraak zijn ontleend. Hier verken ik als het ware het alternatieve instrument door te onderzoeken hoe het werkt (*stap 10*). Deze verkenning geeft zicht op de verschillen ten opzichte van het geldende recht en maakt het mogelijk een eerste indruk te krijgen van mogelijk nieuwe kritiek (*stap 11*). Deze stap is belangrijk, want het kan bijvoorbeeld zijn dat met het alternatieve instrument nog geen casus kan worden opgelost. In dat geval kan op voorhand en zonder diepgaand onderzoek worden geconcludeerd dat het geen goed idee is om de bestaande faillissementspauliana te vervangen door het alternatieve instrument.

Het vertalen van de verschillende stappen in onderzoeksvragen levert de volgende elf subvragen op:

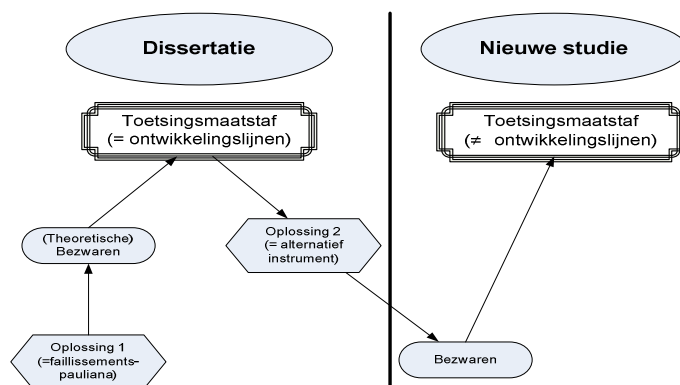
1. Hebben de problemen rond de faillissementspauliana in belangrijke mate te maken met het instrument zelf (*Deel I*)?
2. Welke theoretische bezwaren kunnen, gezien vanuit de nog te noemen ontwikkelingen, tegen de bestaande faillissementspauliana worden geformuleerd (*Deel I*)?
3. Komen de theoretische bezwaren overeen met de kritiek die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur is beschreven (*Deel I*)?
4. In hoeverre verwezenlijken de theoretische bezwaren zich in de praktijk (*Deel I*)?
5. Welke ‘andere problemen’ bestaan er, en overschaduwden deze de theoretische bezwaren (*Deel I*)?

---

8 Bij situaties als dwaling of bedrog kan er ook nadeel ontstaan bij schuldeisers, maar hier gaat het om ongeoorloofd gedrag van de wederpartij ten opzichte van de schuldenaar en niet zozeer ten opzichte van schuldeisers.

6. Is het wenselijk om een instrument te hebben om gedragingen mee te beoordelen die vóór een faillissement hebben plaatsgevonden en die primair benadeling van schuldeisers tot gevolg hebben (*Deel II*)?
7. Zo ja, sluiten de reeds aangedragen oplossingen wél aan bij belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht (*Deel II*)?
8. Zo niet, kan vanuit de belangrijke vermogensrechtelijke ontwikkelingslijnen een nieuw instrument worden geconstrueerd, en zo ja, hoe ziet dit er dan uit (*Deel II*)?
9. Neemt dit instrument naar verwachting de theoretische bezwaren en ‘andere problemen’ weg (*Deel III*)?
10. Hoe werkt het alternatieve instrument (*Deel III*)?
11. Welke mogelijk nieuwe kritiek roept het op (*Deel III*)?

De reden om het onderzoek te beperken tot het krijgen van een eerste indruk van mogelijk nieuwe kritiek, is dat het adequaat inventariseren van nieuwe kritiek neerkomt op een nieuwe studie. Natuurlijk leidt het alternatieve instrument tot nieuwe kritiek, maar om die te kunnen vaststellen is een andere toetsingsmaatstaf nodig dan die waarmee het alternatieve instrument wordt geconstrueerd (figuur 2).



Figuur 2

Dat deze noodzakelijkerwijs een andere dient te zijn dan het toetsingskader dat in deze studie centraal staat, is omdat het alternatieve instrument vanuit de ontwikkelingslijnen bezien geen bezwaren zal kennen. Het is er immers uit opgebouwd.

Dit brengt mij tot de keuze om de problematiek vanuit één invalshoek te zien. Zo'n aanpak komt wellicht vreemd over, omdat die tamelijk zeldzaam is in juridisch onderzoek. De reden dat dit onderzoek zich beperkt tot één toetsingsmaatstaf (ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht), en daar niet allerlei andere maatstaven (efficiëntie, behoeften van de praktijk etc.) bij betreft, heeft te maken met de gedachte dat (wetenschappelijk) onderzoek betrouwbaar en zo veel mogelijk falsificeerbaar dient te zijn. Dit dwingt tot een verantwoording van de gekozen invalshoek en de gemaakte keuzen. Indien die verantwoording ontbreekt, en bijvoorbeeld meerdere toetsingsmaatstaven bij de beoordeling worden betrokken, komt dit de betrouwbaarheid en falsificeerbaarheid niet ten goede. Het is dan volgens mij niet mogelijk om op een inzichtelijke, controleerbare en betrouwbare wijze te verantwoorden welke toetsingsmaatstaf waar en in welke mate wordt meegewogen.

#### 4 Toetsingskader

Als gezegd is de veronderstelling vooralsnog dat de ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht het methodische toetsingskader dienen te vormen voor het bespreken van de bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana en voor het zoeken naar bij de huidige tijd passende criteria voor wat geoorloofde en ongeoorloofde gedragingen zijn die vóór een faillissement hebben plaatsgevonden. Het betreft ontwikkelingen die elkaar deels overlappen en in belangrijke mate (dus niet altijd en overal) waarneembaar zijn. Deze worden hier alvast aangestipt; later worden deze uitgebreider behandeld:

- a. De *beoordeling aan de hand van lijsten van gezichtspunten*. Gezichtspunten geven een rechter grote flexibiliteit in de beoordeling, omdat ze de mogelijkheid bieden een gezichtspunt in het ene geval zwaarder te laten wegen dan in het andere geval. Ze maken het kort gezegd mogelijk om te oordelen op basis van de omstandigheden in het individuele geval. Vanaf ongeveer 1960 vindt de beoordeling van een feitenconstellatie steeds vaker plaats aan de hand van gezichtspuntencatalogi. Het gaat om gezichtspunten als de betrokkenheid, de kenbaarheid, aard, ernst en omvang van de bij de gedraging betrokken belangen, waarvoor het Kelderluik- en Saladin/HBU-arrest illustratief zijn.<sup>9</sup> Hoe verhoudt de opkomst van gezichtspuntencatalogi zich tot de faillissementspauliana? Daar wordt de (on)geoorloofdheid van een handeling beoordeeld aan de hand van klassieke eisen als ‘wetenschap’, ‘overleg’ en het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte (rechts)handeling. De vraag rijst of zo’n klassieke benadering aansluit bij de beoordeling aan de hand van gezichtspuntencatalogi.
- b. De ontwikkeling van het *leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden*. Wat in tweepartijenverhoudingen evident is, maar in meer complexe verhoudingen niet, is wie rekening met wie dient te houden. De faillissementspauliana was voorheen, althans in 1896, een van de spaarzame voorbeelden waarbij partijen bij het verrichten van een (rechts)handeling rekening dienden te houden met belangen van derden. Thans zijn er meer. Zo is het profiteren van de wanprestatie van een ander onder omstandigheden onrechtmatig en kunnen contractuele afspraken en (exoneratie)bedingen soms doorwerken, zowel ten voor- als ten nadele van derden. Evenzo kunnen notarissen door derden worden aangesproken voor handelingen verricht in hun bijzondere hoedanigheid. Hetzelfde geldt voor bestuurders en commissarissen van een vennootschap die onvoldoende rekening hebben gehouden met belangen van de schuldeisers van de vennootschap. Na 1896 valt dan ook een toename en verdere ontwikkeling van gevaltypen binnen het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden te constateren. In hoeverre is het terecht dat, in het licht van de opkomst van deze gevaltypen, eisen worden gesteld als wetenschap aan de zijde van de schuldenaar en/of aan de kant van de wederpartij?
- c. De *brede erkenning van zorgplichten*.<sup>10</sup> Het frequenter en indringender rekening houden met belangen van anderen roept niet alleen de vraag op wie met wie rekening dient te houden, maar ook hoe ver dat rekening houden dient te gaan. Brengt de

---

<sup>9</sup> HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*) en HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*).

<sup>10</sup> Hieronder versta ik het rekening behoren te houden met gerechtvaardigde belangen van anderen. Vergelijk HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

opkomst van zorgplichten mee dat het *ius vigilantibus* – vrij vertaald: het ieder voor zich –<sup>11</sup> dat mede aan de faillissementspauliana ten grondslag ligt, op een zijspoor moet worden gezet?

- d. De *objectivering van normen* in het vermogensrecht.<sup>12</sup> Mede door de komst van het (ruime) zorgvuldigheids criterium na Lindenbaum/Cohen<sup>13</sup> groeide gaandeweg de 20<sup>e</sup> eeuw het inzicht dat het niet mogelijk was om ieders rechtssfeer persoonlijk af te bakenen door bijvoorbeeld te kijken naar daadwerkelijke bedoelingen. De beoordeling van gedragingen gebeurde daarom steeds vaker aan de hand van geobjectiverde normen, waarvoor de functionele vergelijkingen met bijvoorbeeld de redelijk denkende mens in vergelijkbare omstandigheden illustratief zijn. Deze minimumnormen hebben onder meer geleid tot risicoaansprakelijkheden en veranderende opvattingen omtrent onrechtmatigheid en schuld. Hoe verhoudt deze ontwikkeling zich tot de toepassing van de bestaande en subjectieve criteria van de faillissementspauliana, zoals ‘overleg’ als bedoeld in artikel 47 Fw?
- e. De ontwikkeling van *de veranderende positie van schadevergoeding en nietig- en vernietigbaarheden*. De vernietiging van een paulianeuze handeling heeft een relatieve nietigheid tot gevolg, zodat de handeling alleen nietig is tegenover degene die de nietigheid inroept en voor zover nodig om het nadeel weg te nemen. Op grond daarvan dienen de wederzijdse prestaties ongedaan te worden gemaakt. Dit klassieke rechtsgevolg vormt al honderd jaar het enige rechtsgevolg van de faillissementspauliana. In diezelfde honderd jaar zijn nietigheden teruggedrongen, heeft het rechtsgevolg schadevergoeding zich verder ontwikkeld, en zijn rechtsgevolgen *gevarieerder* geworden: zo heeft de rechter tegenwoordig onder omstandigheden de mogelijkheid om overeenkomsten aan te passen of een overeenkomst *gedeeltelijk* te vernietigen. De vraag rijst hoe deze ontwikkelingen zich verhouden tot het klassieke rechtsgevolg van de faillissementspauliana.

Deze ontwikkelingen worden gebruikt om de bestaande faillissementspauliana te toetsen en om, indien dat noodzakelijk mocht blijken, een nieuw instrument op te bouwen. Overigens zullen uit die ontwikkelingen niet onmiddellijk criteria te halen zijn. Gaandeweg *Deel I* en *Deel II* zal blijken hoe het concretiseren van de ontwikkelingslijnen gebeurt. De kritiek op de verschillende ontwikkelingen (‘de ontwikkelingen zijn fout’) komt terug in *Deel III*, wanneer de vraag aan de orde komt welke mogelijk nieuwe kritiek het alternatieve instrument oproept.

<sup>11</sup> Zie hierover Van Schilfgarde 2001, p. 24 e.v.

<sup>12</sup> Volledigheidshalve wijs ik erop dat degene die de – met name – oudere literatuur erop naslaat, dient te beseffen dat schrijvers onder objectivering ook wel verstaan personalisering. Het is daarom dat Van Brakel in zijn rede van 1929 (Van Brakel 1929), p. 8–12 een ontwikkeling van objectivering naar subjectivering van het privaatrecht ziet in plaats van, zoals ik, andersom.

<sup>13</sup> HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*) m.nt. Molengraaff.

## 5 Empirisch onderzoek<sup>14</sup>

### 5.1 Onderzoeksvragen en -doelen

Samengevat dient het empirisch onderzoek om na te gaan in hoeverre de toepassing van de faillissementspauliana leidt tot (welke) praktische problemen. Cijfers of andere empirische data (anders dan jurisprudentie) over de problematiek die in deze studie centraal staat, waren niet voorhanden. Om een aantal van de hiervoor genoemde subvragen te beantwoorden, was empirisch onderzoek dan ook noodzakelijk. Er diende bijvoorbeeld te worden nagegaan of de bezwaren rond de faillissementspauliana in belangrijke mate het gevolg zijn van de faillissementspauliana zelf, en zo ja, hoe frequent deze zich voordoen (*subvraag 1*).

Verder wordt het empirisch onderzoek gebruikt om te inventariseren waar en hoe vaak welke problemen zich in de praktijk voordoen bij de toepassing van de faillissementspauliana. Pas als hier zicht op is, kan worden beoordeeld welke van de theoretische bezwaren zich in de praktijk verwezenlijken (*subvraag 4*) en welke praktische problemen *niet* tot de ontwikkelingslijnen zijn te herleiden (de ‘andere problemen’) (*subvraag 5*).

Daarnaast dient het kwantitatieve empirisch onderzoek om zicht te krijgen op de bestaansreden van de faillissementspauliana (*subvraag 6*). In het algemeen wordt aangenomen dat de faillissementspauliana ertoe strekt financiële (verhaals)belangen van schuldeisers te beschermen, maar het is niet bekend in hoeverre de faillissementspauliana aan dit doel beantwoordt.

### 5.2 Kwantitatief onderzoek

#### *Enquête*

Om bovengenoemde vijf vragen te beantwoorden, is eerst een enquête gehouden. In dat kader is bij het inventariseren van de bezwaren tegen de verschillende criteria en het rechtsgevolg (art. 51 Fw) gewerkt met gerichte vragen. De verwachting was dat een (belangrijk) deel van de problemen rond de faillissementspauliana betrekking zou hebben op de artikelen 42-51 Fw met bijbehorende jurisprudentie. Nagenoeg alle literatuur waarin bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana zijn aangevoerd, ziet hier namelijk op.

De criteria zijn getoetst op drie aspecten, te weten onduidelijkheden, bewijsproblemen en geschillen. Voor de verschillende criteria dienden respondenten op een schaal van 1-5 aan te geven in hoeverre de criteria (on)duidelijk en moeilijk danwel eenvoudig te bewijzen zijn, alsmede hoe regelmatig er geschillen over ontstaan. Bij het laatste aspect werd ruimte geboden voor een ander antwoord. Het is immers denkbaar dat geschillen gaan over aspecten die niet de criteria betreffen.

De reden dat van de criteria is getoetst in hoeverre deze (on)duidelijk zijn, is dat onduidelijkheden waarschijnlijk bezwaren zijn die géén verband houden met een ontwikkelingslijn. Bewijsproblemen kunnen te herleiden zijn tot de ontwikkelingslijnen, maar ook dat hoeft niet zo te zijn. Zij kunnen tevens worden veroorzaakt door

---

<sup>14</sup> De resultaten uit het empirisch onderzoek zoals gepresenteerd in de hoofdstukken 1-5 zijn als één geheel gepubliceerd in Van Dijk 2006.

onduidelijkheden ('ik weet niet wat ik moet bewijzen'). Daarom is het inventariseren van zowel bewijsproblemen als onduidelijkheden belangrijk.

Een relatief grote hoeveelheid geschillen kan een indicatie zijn voor problemen. Geschillen kunnen leiden tot kosten of andere barrières, maar ook een uitvloeisel zijn van onduidelijkheden en/of bewijsproblemen. Om die reden is ook onderzocht in hoeverre de criteria van de faillissementspauliana tot geschillen leidt. Overigens wijzen geschillen op zichzelf nog niet direct op problemen. Waar criteria zijn, zijn geschillen. Waar het dan ook om gaat, is de vraag of en waarom bij het ene criterium meer geschillen ontstaan dan bij het andere.

Omdat er in de literatuur weinig is geschreven over de problemen rond het bestaande rechtsgevolg van de faillissementspauliana, is geïnventariseerd in hoeverre de theoretische bezwaren zich in de praktijk manifesteren, waarbij de respondenten de mogelijkheid werd geboden om andere problemen kenbaar te maken.

#### *Populatie*

Voor het invullen van de enquête zijn alle leden ( $n=530$ ) benaderd die zijn aangesloten bij de Vereniging voor Insolventierechtadvocaten (Insolad). Naar deze populatie wordt gegeneraliseerd. Of de uitkomsten ook verder generaliseerbaar zijn (bijvoorbeeld alle faillissementscuratoren) kan niet worden vastgesteld. De omvang van de populatie is onduidelijk – gesproken worden over 1500 curatoren – alsook de kwaliteit en de mate waarin deze faillissementen behandelt.

Voor het benaderen van Insoladleden is om verschillende, met elkaar samenhangende redenen gekozen. Veel leden treden op als curator, en deze is exclusief bevoegd tot het instellen van een faillissementspauliana (art. 49 Fw). Insoladleden vertegenwoordigen voorts, uitgaande van circa 1500 actieve curatoren, een grote groep van curatoren, in ieder geval een groot aantal faillissementen. Verder zou het lidmaatschap van deze vereniging moeten impliceren dat het lid over een bepaald (minimum)niveau aan kennis, deskundigheid en inzicht op het terrein van het insolventierecht beschikt om adequaat over de materie te kunnen discussiëren. Zo stellen de statuten en het huishoudelijke reglement van Insolad eisen aan haar leden wat de deskundigheid (permanente opleiding) en het minimum aantal declarabele uren op het gebied van het insolventierecht.<sup>15</sup> Deze expertise heeft mede tot gevolg dat leden van Insolad niet alleen optreden als curator, maar tevens worden ingeschakeld voor het geven van adviezen, of personen bijstaan die door de curator worden aangesproken vanwege een vermeende paulianeuze handeling. Het besteden van een minimum aantal declarabele uren (400 of 250, afhankelijk van het type lidmaatschap) aan insolventierecht heeft, tot slot, tot voordeel dat door Insoladleden te benaderen er een relatief groot aantal faillissementen wordt vertegenwoordigd. Dit alles brengt mee dat mag worden verwacht dat Insoladleden de eerst en meest aangewezen personen zijn om de knelpunten van de bestaande regels op te sporen.

Het benaderen van rechters-commissarissen leek minder zinvol, nu zij pas in aanraking komen met de faillissementspauliana nadat een curator het voornemen heeft geuit een faillissementspauliana in te stellen en omdat zij toezicht moeten houden op een

<sup>15</sup> Zo moet een lid de door Insolad verzorgde specialisatiecursus met goed gevolg hebben afgelegd, zie artt. 3.2, 3.4, 5.2 en 5.3 van de statuten, alsmede artt. 1.4 en 2.4 van het huishoudelijk reglement.



enorme hoeveelheid dossiers, zoals hierna zal blijken. Andere betrokkenen, zoals gefailleerden en schuldeisers, zijn doorgaans niet materiedeskundig.

#### *Respons*

De (elektronische) enquête leverde na rappel en het verstrekken van een schriftelijke variant van de enquête op het Insoladcongres in 2005 een respons op van 33% (n=173). De schriftelijke variant was een geringe aanvulling op de bestaande procedure om de respons te verhogen. De inspectie die heeft plaatsgevonden, leverde op dat de resultaten niet wezenlijk anders zijn zonder de resultaten van de schriftelijke variant.

Eén respondent gaf aan de vragen niet te kunnen beantwoorden omdat deze geen ervaring had met de faillissementsprocedure. De antwoorden van deze respondent zijn buiten beschouwing gelaten, waarmee het aantal respondenten op 172 komt te staan. In de afgelopen vijf jaren is daarvan 25% (n=43) uitsluitend als curator met enige regelmaat met een faillissement in aanraking gekomen, 2% (n=3) uitsluitend als adviseur of advocaat van een door de curator aangesproken wederpartij, en 73% (n=126) zowel als curator, als adviseur of advocaat. Het aantal ondervraagde curatoren is dan ook 169.

In dit kader is overigens van belang te vermelden dat is 'meegelift' met een onderzoek dat is gehouden in het kader van de Garantstellingsregeling voor curatoren. De reden hiervoor is dat Insolad dit onderzoek steunde en ondersteunde. Zo werden de uitnodigingen door Insolad verstuurd en werden de leden op het jaarcongres in 2005 (circa 300 aanwezigen) door de voorzitter aangespoord de enquête in te vullen.

Niet kan worden uitgesloten dat de uitval selectief is. Hoewel de spreiding van de leeftijd onder de respondenten gelijkmatig is, zijn gegevens de (gemiddelde) leeftijd van de grote groep, dat wil zeggen van alle Insoladleden, niet beschikbaar.

### 5.3 *Kwalitatief onderzoek*

#### *Waarom kwalitatief onderzoek?*

Om goed zicht te krijgen op de problematiek is behalve het doen van kwantitatief onderzoek ook kwalitatief onderzoek noodzakelijk. Het is lastig om uit de enquête te halen waar bijvoorbeeld de onduidelijkheden, bewijsproblemen en geschillen uit bestaan, en in hoeverre bewijsproblemen of geschillen worden veroorzaakt door onduidelijkheden. Ook is het mogelijk dat de direct betrokkenen op verschillende wijzen met de problemen omgaan. Daarom is gekozen om na het kwantitatieve onderzoek ook kwalitatief onderzoek te doen.

#### *Focusgroepen*

In drie focusgroepen van respectievelijk acht, negen en zes personen (*full group*<sup>16</sup>) kwam aan de orde of danwel waar de verschillende bezwaren (theoretische bezwaren en 'andere problemen') zich manifesteren in de praktijk. Er is specifiek voor een groepsdiscussie (en niet voor bijvoorbeeld interviews) gekozen. De redenen hiervoor zijn dat dit de kans op sociaal wenselijke antwoorden reduceert, dat groepsdiscussies tot onderlinge vragen en antwoorden leiden die de onderzoeker niet zou hebben bedacht (synergetisch effect), dat gedetailleerde informatie boven tafel komt omdat mensen op elkaar re-

---

16 Greenbaum 1998, p. 1-3. Deze aantallen stroken met wat in sociaal-wetenschappelijk onderzoek gangbaar is, zie ook Babbie 2004, p. 303, May 2001, p. 125; Baker 1999, p. 226 en Krueger 1994, p. 17.

ageren, dat om toelichting kan worden gevraagd en dat kan worden doorgevraagd.<sup>17</sup> De materie is complex zodat de mogelijkheid tot doorvragen gewenst is. Verder kan uit de interactie tussen deelnemers inzicht kan worden gekregen in de ervaringen, belevingen en perspectieven van de deelnemers met de faillissementspauliana.<sup>18</sup> De reden dat niet voor schriftelijke communicatie is gekozen, is dat dit veel tijd kost en er een hoog ‘wegloop’-gehalte is.<sup>19</sup>

Focusgroepen hebben echter ook nadelen. Deze zijn het wegdrukken van bescheiden personen tijdens de bijeenkomst, het aanpassen van de mening aan ‘hoge status’-personen, het gebrek aan denktijd, de moeilijkheid om drukbezette personen bij elkaar te krijgen, het moeilijk in de hand kunnen houden van de discussie, de slechte controleerbaarheid en het subjectieve element in de rapportage.<sup>20</sup>

#### *Selectieprocedure focusgroepen*

Getracht is om de focusgroepen zo samen te stellen dat de deelnemers aan de bijeenkomsten een grote groep vertegenwoordigen. Er is voor gekozen om de focusgroepen samen te stellen op basis van ervaring van de deelnemende curatoren. Dat was mogelijk omdat in de enquête was gevraagd naar de ervaring van respondenten met faillissementen.

De gedachte was dat een curator of adviseur die lang meedraait, in allerlei typen faillissementen (groot/klein van omvang, complex/eenvoudig etc.) ervaring heeft en daarom inzicht zou moeten hebben in de problematiek die zich zoal voordoet. Bovendien brengt de rubricering op basis van ervaring mee dat curatoren met veel ervaring ook bij veel faillissementen betrokken zijn geweest, zodat zij een relatief groot aantal faillissementen vertegenwoordigen.

Het voorgaande neemt niet weg dat ervaren curatoren, adviseurs en advocaten van wederpartijen anders met de faillissementspauliana kunnen omgaan dan minder ervaren curatoren. Daarom is ervoor gekozen om twee ‘ervaren’ focusgroepen (n=8 en n=9) en één focusgroep met personen met relatief weinig ervaring (n=6) samen te stellen. Daarbij is getracht een regionale spreiding te krijgen. Tevens is ervoor gewaakt dat niet uitsluitend curatoren en adviseurs van grote of alleen van kleine kantoren zouden worden benaderd. Hiermee is geprobeerd te voorkomen dat eventuele problemen over het hoofd worden gezien die zich regionaal of afhankelijk van het type kantoor voordoen.

Alle ‘ervaren deelnemers’ uit de focusgroepen gaven aan dat hun praktijk voor minimaal 50% bestaat uit aan het insolventierecht gerelateerde zaken. Het merendeel trad voorts op als adviseurs en/of advocaat van een wederpartij. Ook de meeste relatief onervaren deelnemers besteden tussen 50% (of meer) van hun tijd aan insolventierecht, als curator, adviseur of advocaat van een wederpartij.

Nadat de focusgroepen waren bijeengekomen heeft een optimalisatie van de resultaten plaatsgevonden door een steekproef te houden. Dit houdt in dat de resultaten zijn voorgelegd aan curatoren die niet bij de focusgroepen waren betrokken. Daartoe is de secretaris van Insolad verzocht de noodzakelijke gegevens te verschaffen van twintig leden, die op willekeurige wijze zijn gekozen. Hen is gevraagd of zij zich herkenden in

<sup>17</sup> Swanborn 2002, p. 187; Baker 1999, p. 225; Krueger 1994, p. 34. Zie ook May 2001, p. 125.

<sup>18</sup> Swanborn 2002, p. 193. Zie ook Babbie 2004, p. 303.

<sup>19</sup> Babbie 2004, p. 303; Swanborn 2002, p. 199; Krueger 1994, p. 35.

<sup>20</sup> Babbie 2004, p. 303; Swanborn 2002, p. 199; Krueger 1994, p. 36-37.

het beeld dat in de focusgroepen naar voren is gekomen. Na veelvuldig aanschrijven, telefoneren en rappelleren hebben uiteindelijk acht personen gereageerd, waarvan er twee niet aan de enquête hadden deelgenomen. Allen herkenden zich in het algemeen in het beeld dat werd geschetst. Een enkeling had op onderdelen andere ervaringen.

Overigens is er bewust niet voor gekozen op een andere wijze te rubriceren dan op basis van ervaring van de deelnemers. Zo is niet bekend of er een verband bestaat tussen een paulianeuze handeling en ofwel het type faillissement (groot, klein, type sector) ofwel het type schuldenaar. Voorts bleek een rubricering op basis van enerzijds het type faillissement (groot versus klein, complex versus eenvoudig) of anderzijds het type schuldenaar moeilijk te operationaliseren. Het bleek niet mogelijk zicht te krijgen op welke typen schuldenaren er zijn en hoe deze zouden moeten worden getraceerd.

Als er een verband zou bestaan tussen het type faillissement en benadelende handelingen, dan rijzen rubriceringsproblemen ten aanzien van het criterium 'type faillissement'. Weliswaar kunnen op basis van CBS-statistieken natuurlijke personen van rechtspersonen worden gescheiden, maar een onderverdeling van rechtspersonen – circa 4.500 faillissementen op jaarbasis<sup>21</sup> – blijkt problematischer. Er zijn geen gegevens voorhanden van de omzet of het aantal werknemers van gefailleerde rechtspersonen. En al zouden die voorhanden zijn, dan rijst de vraag of ze representatief zijn. Het is met name moeilijk vast te stellen wanneer gegevens betreffende de omzet of het aantal werknemers maatgevend zijn om de grootte van een onderneming te bepalen. Zo is het waarschijnlijk dat recente gegevens van een gefailleerde onderneming geen getrouw beeld geven van de grootte ervan.

Ook een rubricering van typen faillissementen door direct betrokkenen bleek weinig zinvol. Een gesprek met de secretaris van de Recofa wees uit dat het onwaarschijnlijk is rechters-commissarissen, die in alle faillissementen toezicht houden, door de vele zaken waarin zij toezicht moeten houden niet in staat bleken een rubricering te maken. Deze bevinding wordt ondersteund door faillissementsstatistieken, die uitwijzen dat circa veertig rechters-commissarissen toezicht dienen te houden in zo'n 7.000 tot 10.000 jaarlijks uitgesproken faillissementen, waarvan de helft een looptijd heeft van minder dan twee jaar.<sup>22</sup>

#### 5.4 Uitvoering

De uitvoering van het empirisch onderzoek bestond achtereenvolgens uit de volgende stappen:

- Het opstellen van de vragenlijsten (enquête).
- Het benaderen en rappelleren van de 530 Insoladleden.
- Het verwerken van de gegevens van de vragenlijsten en het samenstellen van drie focusgroepen van per groep circa acht personen per groep.
- Het verwerken van de resultaten uit de focusgroepen.
- Het optimaliseren van de resultaten met een steekproef.

---

21 Schatting op basis van statistieken over de jaren 2000 tot 2004. Voor exacte gegevens zie [www.cbs.nl](http://www.cbs.nl). Het aantal uitgesproken faillissementen van natuurlijke personen staat op ongeveer 1.500 per jaar ([www.cbs.nl](http://www.cbs.nl)).

22 Bij benadering en gebaseerd op statistieken van de jaren 2000-2004. Voor exacte gegevens zie [www.cbs.nl](http://www.cbs.nl). De 8.500 tot 10.000 jaarlijks uitgesproken schuldsaneringen zijn niet in de schatting verwerkt. Deze cijfers lopen op in 2005.

- Het verwerken van de resultaten uit de steekproef.

### 5.5 Presentatie

De resultaten uit de enquête zijn vereenvoudigd weergegeven in tabellen in de hoofdttekst. Volledige frequentie-uitdraaien zijn te vinden in Bijlage I. De notulen van de drie focusgroepen kunnen desgewenst (geanonimiseerd) worden opgevraagd bij de auteur.

## 6 Buitenlandse rechtsstelsels

Bij het ontwikkelen van een nieuw instrument in *Deel II (subvraag 8)*, wordt gebruikgemaakt van criteria en achterliggende inzichten uit rechtsstelsels voor zover die aansluiten bij de ontwikkelingen die in deze studie het toetsingskader vormen en daarmee invulling kunnen geven aan het te ontwikkelen alternatieve instrument.

Het bestuderen van het buitenlandse recht heeft uitdrukkelijk niet tot doel dat recht te *vergelijken* met het geldende Nederlandse recht. Zo'n vergelijking is weinig zinvol nu de aanpak in *Deel II* is om een nieuw instrument te *ontwikkelen*. De analyse van andere rechtsstelsels is dan ook bedoeld om het alternatieve instrument (verder) te ontwikkelen. Vooruitlopend op wat komen gaat: de inspiratie is zowel positief als negatief. Het buitenlandse recht wordt gebruikt om aan te geven op welke punten voor het te ontwikkelen instrument *wel* en *geen* lering kan worden getrokken uit buitenlandse rechtsstelsels.

Een 'quick-scan', bestaande uit een analyse van de wettelijke criteria, heeft opgeleverd dat met name het Duitse en Engelse recht voor dit doel geschikt zijn. Behalve deze rechtsstelsels zijn ook het Amerikaanse en Belgische stelsel geanalyseerd, maar het Duitse en Engelse recht leken de meest tegenovergestelde systemen die zich bovendien onderscheiden van het Nederlandse recht. Zo steekt het Engelse recht vooral in op het gedrag van de schuldenaar, terwijl het Duitse recht zich (uitsluitend) concentreert op het gedrag van de wederpartij. Ook verschillen de rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing. In Engeland is de hoofdregel dat het nadeel moet worden opgeheven, terwijl men in Duitsland in beginsel uitgaat van een teruggaveverplichting.

Behalve dat het Duitse en Engelse recht tegenovergestelde systemen zijn die zich onderscheiden van het Nederlandse recht, heeft in beide landen betrekkelijk recent een herziening van de 'faillissementspauliana' plaatsgevonden (respectievelijk in 1994 en in 1986), waarbij men opnieuw tot een afbakening van geoorloofd en ongeoorloofd handelen is gekomen. Zowel in Duitsland als in Engeland is de herziening voldoende lang geleden, zodat er casuïstiek voorhanden is om te zien hoe de regelingen werken. Daarnaast zijn beide landen, evenals Nederland, economisch ontwikkelde landen die met grote faillissementen te maken hebben (gehad). Voorts blijkt uit nog te bespreken Uncitral- en IMF-rapporten<sup>23</sup> dat de regelingen in Duitsland en Engeland breed gedragen worden, dat wil zeggen dat zij typen aantastingsgronden vertegenwoordigen die ook in veel andere landen worden gebruikt. Om deze redenen beperkt het onderzoek zich tot deze twee landen.

---

23 Uncitral Rapport 2005, Uncitral Rapport 2004a, Uncitral Rapport 2004b en IMF Rapport 1999.

## 7 Opzet

Het onderzoek bestaat uit drie delen. *Deel I* staat in het teken van de bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana. In dit deel staan de eerste vijf subvragen centraal en wordt (daarmee) de juistheid van de hypothese getoetst. De bestaande faillissementspauliana wordt daarbij grotendeels als bekend verondersteld.

*Deel II* van het onderzoek ziet op het opbouwen van een instrument dat aansluit bij de beschreven ontwikkelingen. Het begint met de vraag of het wenselijk is om een instrument te hebben waarmee gedragingen kunnen worden beoordeeld die vóór een faillissement hebben plaatsgevonden en die primair benadeling van schuldeisers tot gevolg hebben. Vervolgens wordt nagegaan of de reeds aangedragen oplossingen wél aansluiten bij belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Zo niet, dan worden alternatieve criteria ontwikkeld en het alternatieve instrument geëxpliciteerd door een rechtsgevolg toe te kennen aan een succesvolle toepassing van de criteria. Daarmee worden de subvragen 6–8 beantwoord.

Tot slot wordt in *Deel III* getoetst of de opzet is geslaagd. Onderzocht wordt of het in *Deel II* ontwikkelde instrument de in *Deel I* geschetste bezwaren daadwerkelijk wegneemt. Door het alternatieve instrument toe te passen op concrete gevallen, wordt nagegaan hoe het alternatieve instrument werkt en welke mogelijk nieuwe kritiek het genereert. Daarmee worden de subvragen 9–11 beantwoord. In de conclusie volgt tevens het antwoord op de vraag die in deze studie centraal staat.

**Deel I**

**Bezwaren**



## Inleiding

### 1 Subvragen

In dit deel van het onderzoek staan de eerste vijf subvragen centraal zoals die in de *Inleiding en verantwoording* staan geformuleerd:

1. Hebben de problemen rond de faillissementspauliana in belangrijke mate te maken met het instrument zelf, en zo ja, hoe frequent doen deze zich voor (*subvraag 1*)?
2. Welke theoretische bezwaren kunnen, gezien vanuit de nog te noemen ontwikkelingen, tegen de bestaande faillissementspauliana worden geformuleerd (*subvraag 2*)?
3. Komen de theoretische bezwaren overeen met de kritiek die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur is beschreven (*subvraag 3*)?
4. In hoeverre manifesteren de theoretische bezwaren zich in de praktijk (*subvraag 4*)?
5. Welke ‘andere problemen’ bestaan er, en overschaduwten deze de theoretische bezwaren (*subvraag 5*)?

### 2 In hoeverre houden de problemen rond de faillissementspauliana verband met het instrument zelf?

Om aan de laatste vier subvragen toe te komen moet eerst vast komen te staan in hoeverre de problemen rond de faillissementspauliana worden veroorzaakt door het instrument zelf. In de enquête is getracht hier zicht op te krijgen.<sup>1</sup> Daarin is eerst gevraagd of curatoren recentelijk een in hun ogen paulianeuze handeling onaangetast hebben gelaten (Tabel 1)

**Hebben curatoren in de afgelopen vijf jaar een in hun ogen paulianeuze handeling onaangetast gelaten?**

	Frequentie	Percentage (geldig)
Nee	81	47,9
Ja	88	52,1
Totaal	169	100,0
Ontbrekende waarden	3	

Tabel 1

Dit te weten is belangrijk. Bij het onaangetast laten van gedragingen spelen andere problemen dan bij het aantasten van handelingen. Voordat een curator overgaat tot het aantasten van handelingen zal deze nagaan of de wederpartij verhaal biedt en of de gemaakte kosten opwegen tegen de verwachte baten. Problemen, zoals een wederpartij die geen verhaal biedt of de verwachting dat de kosten de baten zullen overstijgen,

---

<sup>1</sup> De meeste respondenten gaven aan dat de antwoorden ‘bij benadering’ waren gegeven. De cijfers dienen dan ook als richtinggevend te worden gezien.



zullen zich dan ook minder frequent voordoen als de curator eenmaal heeft besloten tot het aantasten van handelingen.

Voor het onaangetast laten van paulianeuze handelingen is een aantal mogelijke oorzaken bedacht, die in de enquête is voorgelegd. Het blijkt dat er in de kern drie problemen zijn die frequent terugkeren en daarmee in belangrijke mate bijdragen aan het niet-optimaal functioneren van de bestaande faillissementspauliana: een (mogelijk) gebrek aan verhaal bij de wederpartij, de verwachting dat de kosten de baten zullen overstijgen, en bewijsproblemen danwel een gebrek aan financiële middelen.

Van de respondenten die aangeven dat ze een paulianeuze handeling onaangetast hebben gelaten, geeft 78% aan dat een vermoedelijk gebrek aan verhaal (heel) vaak een oorzaak is voor het onaangetast laten van – volgens de curator – paulianeuze handelingen (Tabel 2).

**Hoe vaak lag een (vermoedelijk) gebrek aan verhaal ten grondslag aan de beslissing om een paulianeuze handeling onaangetast te laten (1=Nooit/zelden, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (inclusief 'nee- stemmers')	Percentage (exclusief 'nee- stemmers')
1	1	0,6	1,1
2	4	2,4	4,5
3	14	8,3	15,9
4	36	21,3	40,9
5	33	19,5	37,5
Totaal	88	52,1	100,0
Uitgesloten curatoren ('nee- stemmers')	81	47,9	
Totaal	169	100,0	

a Gemiddelde 4.09; mediaan 4.00; modus 4; standaarddeviatie .905

Tabel 2

Een tweede terugkerende oorzaak blijkt te zijn de verwachting dat de kosten de baten zullen overstijgen. Hiervan stelt 58% dat dit (heel) vaak een oorzaak is voor het onaangetast laten van handelingen (Tabel 3).

**Hoe vaak lag de verwachting dat, hoewel de wederpartij verhaal biedt, de kosten de baten zullen overstijgen, ten grondslag aan de beslissing om een paulianeuze handeling onaangetast te laten (1=Nooit/zelden, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (inclusief 'nee- stemmers')	Percentage (exclusief 'nee- stemmers')
1	6	3,6	6,8
2	8	4,7	9,1
3	23	13,6	26,1
4	37	21,9	42,0
5	14	8,3	15,9
Totaal	88	52,1	100,0
Uitgesloten curatoren ('nee- stemmers')	81	47,9	
Totaal	169	100,0	

a Gemiddelde 3.51; mediaan 4.00; modus 4; standaarddeviatie 1.083

Tabel 3

Van de respondenten die aangeven dat ze een paulianeuze handeling onaangetast hebben gelaten, geeft 55% aan dat bewijsmoeilijkheden danwel een gebrek aan financiële middelen (heel) vaak de oorzaak zijn van het niet-optimaal functioneren van de bestaande faillissementspauliana (Tabel 4).

**Hoe vaak lagen onvoldoende financiële middelen / bewijsproblemen ten grondslag aan de beslissing om een paulianeuze handeling onaangetast te laten (1=Nooit/zelden, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (inclusief 'nee- stemmers')	Percentage (exclusief 'nee- stemmers')
1	7	4,1	8,0
2	11	6,5	12,5
3	22	13,0	25,0
4	31	18,3	35,2
5	17	10,1	19,3
Totaal	88	52,1	100,0
Uitgesloten curatoren ('nee- stemmers')	81	47,9	
Totaal	169	100,0	

a Gemiddelde 3.45; mediaan 4.00; modus 4; standaarddeviatie 1.174

Tabel 4

Bewijsproblemen en onvoldoende financiële middelen zijn als één categorie behandeld, omdat tussen deze factoren een in mijn ogen zo sterke samenhang bestaat dat deze niet los van elkaar kunnen worden gezien. Geldgebrek is immers mede afhankelijk van de

moeilijkheid om bewijs te verzamelen, en andersom: er zijn geen of nauwelijks bewijsmoeilijkheden als er onbeperkte financiële middelen zijn.

Andere oorzaken doen zich minder frequent voor. Zo stelt 23% van de respondenten die recentelijk een paulianeuze handeling onaangetast hebben gelaten dat ze niet uitsluitend of vooral voor het eigen salaris wil zitten werken (Tabel 5).

**Hoe vaak lag de verwachting dat, hoewel de wederpartij verhaal biedt, met een eventuele opbrengst alleen het salaris van de curator kan worden betaald en het niet tot een uitkering aan (andere) schuldeisers zal komen, ten grondslag aan de beslissing om een paulianeuze handeling onaangetast te laten (1=Nooit/zelden, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (inclusief 'nee- stemmers')	Percentage (exclusief 'nee- stemmers')
1	29	17,2	33,0
2	13	7,7	14,8
3	26	15,4	29,5
4	17	10,1	19,3
5	3	1,8	3,4
Totaal	88	52,1	100,0
Uitgesloten curatoren ('nee- stemmers')	81	47,9	
Totaal	169	100,0	

a Gemiddelde 2.45; mediaan 3.00; modus 1; standaarddeviatie 1.231

Tabel 5

Het optreden van de rechter-commissaris wordt niet als een (belangrijke) oorzaak gezien voor het gebrekkig functioneren van de bestaande faillissementspauliana (Tabel 6).

**Hoe vaak lag een rechter-commissaris die geen toestemming verleende ten grondslag aan de beslissing om een paulianeuze handeling onaangetast te laten (1=Nooit/zelden, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (inclusief 'nee- stemmers')	Percentage (exclusief 'nee- stemmers')
1	79	46,7	89,8
2	4	2,4	4,5
3	5	3,0	5,7
4	0	0,0	0,0
5	0	0,0	0,0
Totaal	88	52,1	100,0
Uitgesloten curatoren ('nee- stemmers')	81	47,9	
Totaal	169	100,0	

a Gemiddelde 1.16; mediaan 1.00; modus 1; standaarddeviatie .500

Tabel 6

Er worden, tot slot, nauwelijks andere redenen of oorzaken genoemd (Tabel 7).

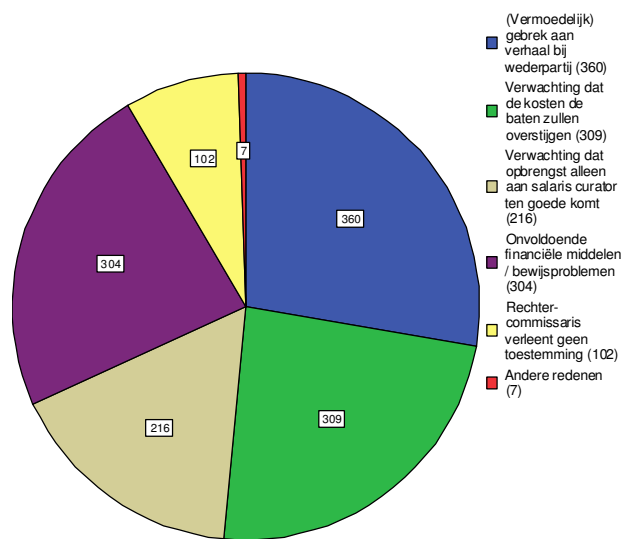
**Lagen er andere redenen ten grondslag aan de beslissing om een paulianeuze handeling onaangetast te laten?**

	Frequentie	Percentage (inclusief 'nee- stemmers')	Percentage (exclusief 'nee- stemmers')
Nee	81	47,9	92,0
Ja	7	4,1	8,0
Totaal	88	52,1	100,0
Uitgesloten curatoren ('nee- stemmers')	81	47,9	
Totaal	169	100,0	

Tabel 7

Bovendien hebben enkele van die andere oorzaken uiteindelijk toch betrekking op de faillissementspauliana zelf. Dit geldt bijvoorbeeld voor problemen die ontstaan door het bestaande rechtsgevolg (artikel 51 Fw).

Als de problemen rond de faillissementspauliana bij het onaangetast laten van handelingen worden weergegeven in een taartdiagram, levert dit het volgende beeld op (figuur 3)<sup>2</sup>:



Figuur 3

<sup>2</sup> Het diagram bestaat uit een optelling van de data (1=nooit/zelden; 5=heel vaak) uit de afzonderlijke tabellen. De 'andere oorzaken' zijn meegewogen als een 1.

Het voorgaande is een aanwijzing voor de conclusie dat de problemen rond de faillissementspauliana in belangrijke mate verband houden met de faillissementspauliana zelf; dat de problemen niet uitsluitend of vooral worden veroorzaakt door externe omstandigheden.

‘Harde’ conclusies zijn echter niet te trekken. Zo is het weliswaar waarschijnlijk dat de kosten (die de baten regelmatig overstijgen) te relateren zijn aan de mate waarin het eenvoudig danwel moeilijk is om het bewijs rond te krijgen, maar dit kan ook te maken hebben met transactiekosten die inherent aan onderzoek naar paulianeus handelen zijn verbonden. Voorts kan een gebrek aan financiële middelen, en daarmee bewijsproblemen, ook worden veroorzaakt door ‘lege boedel’-problematiek.

Het is overigens waarschijnlijk dat het aandeel van problemen met de faillissementspauliana zelf groter is dan de cijfers doen vermoeden: als een curator overgaat tot het aantasten van een handeling, is het waarschijnlijk dat hij vooral wordt geconfronteerd met bewijsproblemen en minder met de andere, genoemde problemen. Deze gedachte wordt in de volgende hoofdstukken ook bevestigd wanneer wordt toegespitst op de specifieke problemen bij de verschillende criteria. Daar zal blijken dat nogal wat problemen met de verschillende criteria van de faillissementspauliana zich (heel) vaak voordoen.

Hiermee is de eerste subvraag bevestigend beantwoord, en kan worden overgegaan tot de overige (sub)vragen.

### **3 Het inventariseren van de bezwaren tegen de faillissementspauliana: plan van aanpak**

Om de andere subvragen te beantwoorden, is het noodzakelijk de bezwaren tegen de faillissementspauliana scherp krijgen. Dit gebeurt in de eerste plaats door te onderzoeken welke kritiek er, gezien vanuit de ontwikkelingslijnen, op de faillissementspauliana kan worden geformuleerd (*subvraag 2*). Daarna wordt steeds gezien welke kritiek in de literatuur is geuit en welke problemen zich in de praktijk voordoen. Hiermee wordt het eventuele verband zichtbaar tussen een ontwikkelingslijn en een bezwaar dat in de literatuur wordt genoemd (*subvraag 3*) danwel een probleem dat zich in de praktijk voordoet (*subvraag 4 en 5*).

Het beantwoorden van de vragen gebeurt met een aanpak waarin de criteria en het rechtsgevolg van de faillissementspauliana afzonderlijk worden getoetst aan een ontwikkeling. Hierbij probeer ik de relevante ontwikkelingslijn(en) zoveel mogelijk gelijktijdig met de bezwaren tegen een bepaald criterium (of het rechtsgevolg) te bespreken. Deze aanpak verdient de voorkeur boven een uitwerking van de verschillende ontwikkelingslijnen, gevolgd door een bespreking en opsomming van de bezwaren. In de eerste situatie komt de relatie tussen een ontwikkelingslijn en een bezwaar het beste tot uitdrukking. De aanpak waarbij de verschillende deelaspecten afzonderlijk aan een ontwikkeling worden getoetst, brengt voorts mee dat in een aantal hoofdstukken meerdere ontwikkelingen worden behandeld, en in andere geen omdat dat al eerder is gebeurd. De bespreking van de deelaspecten volgt hierna aan de hand van een korte beschrijving van de faillissementspauliana, die overigens uitgebreider aan de orde komen in de hoofdstukken 1 tot en met 5.

De artikelen 42, 45 en 47 Fw kennen verschillende toepassingsvoorwaarden. In het geval dat een handeling met een tegenprestatie, maar zonder rechtsplicht geschiedt<sup>3</sup> – de onverplichte handeling (artikel 42 Fw) – moet de curator aantonen dat er sprake is geweest van een benadeling van schuldeisers. Het gaat er dan eenvoudig gezegd om dat schuldeisers in faillissement zich als gevolg van een handeling tussen de schuldenaar en zijn wederpartij een lagere uitkering krijgen dan zonder die handeling.

Behalve benadeling (en een causaal verband) tussen de handeling en de benadeling eist artikel 42 Fw dat zowel de schuldeiser als de schuldenaar wist of behoorde te weten dat benadeling het gevolg zou zijn van die handeling. In het geval het gaat om een (onverplichte) rechtshandeling om niet die is verricht binnen één jaar vóór de faillietverklaring, wordt wetenschap aan beide kanten vermoed.<sup>4</sup> Om wetenschap voor andere onverplichte rechtshandelingen aan te tonen kan de curator worden geholpen door de bewijsvermoedens van artikel 43 Fw.

Het vernietigen van verplicht verrichte handelingen, zoals betalingen van opeisbare vorderingen en zekerheidsstellingen, is moeilijker. Dit kan, zo stelt artikel 47 Fw, slechts in twee gevallen, te weten indien

‘[degene] die de betaling ontving, ten tijde van het ontvangen van de betaling wist dat het faillissement van zijn schuldenaar reeds aangevraagd was’  
of

‘[...] de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen’.

Indien een handeling als ongeoorloofd moet worden gekwalificeerd in de zin van de artikelen 42–47 Fw, ontstaat volgens artikel 51 Fw een verplichting tot teruggave van dat goed.

Uit de beschrijving van de faillissementspauliana leid ik af dat de faillissementspauliana in de kern bestaat uit (i) het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte (rechts)handeling, (ii) het benadelingsvereiste, (iii) wetenschapscriteria, (iv) een overlegcriterium en (v) een teruggaveverplichting (het rechtsgevolg). Deze aspecten worden ieder afzonderlijk getoetst aan de verschillende ontwikkelingslijnen.

Ik begin met de analyse van het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte handeling (*hoofdstuk 1*). Daarna toets ik het benadelingsvereiste (*hoofdstuk 2*), gevolgd door een bespreking van de kritiek op het overlegcriterium van artikel 47 Fw (*hoofdstuk 3*). Om te voorkomen dat te veel ontwikkelingslijnen in één hoofdstuk worden behandeld en om de hoofdstukken qua omvang enigszins beperkt te houden – iets anders zou de leesbaarheid niet ten goede komen – behandel ik de wetenschapscriteria als laatste van de criteria (*hoofdstuk 4*). Daar komen de meeste ontwikkelingslijnen samen. Na de analyse van de criteria volgt de toets van het rechtsgevolg van een succesvolle toepassing van de criteria (*hoofdstuk 5*). De rechtvaardiging voor het analyseren van de rechtsgevolgen schuilt erin dat kritiek op de criteria toeneemt indien de rechtsgevolgen niet aansluiten bij wat de criteria beogen, namelijk het tegengaan van ongeoorloofdheid.

3 HR 8 januari 1937, *NJ* 1937, 431 (*van der Feltz/Hoomsche Crediet- en Effectenbank*) en HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617 (*Eneca*).

4 Art. 45 Fw.



## Onderscheid verplicht-onverplicht

### 1 Inleiding: verplichte en onverplichte handelingen

Een onverplichte (rechts)handeling laat zich eenvoudig afbakenen van een verplichte handeling. Een handeling is verplicht verricht indien er (i) een rechtsgrond voor het verrichten van de aan te tasten handeling bestond en (ii) de daaruit voortvloeiende verplichting opeisbaar was ten tijde van het verrichten van de handeling. Onverplicht zijn de handelingen die niet aan één van deze twee eisen voldoen.

De gevolgen van de kwalificatie als verplicht of onverplicht heeft belangrijke gevolgen. Bij een verplichte handeling is van ongeoorloofdheid slechts sprake bij wetenschap van de faillissementsaanvraag of overleg, terwijl bij een onverplichte handeling het aantonen van wetenschap van benadeling volstaat.

Gedurende een lange periode is een onderscheid gemaakt tussen verplichte en onverplichte handelingen.<sup>1</sup> De gedachte is dat opeisbare verbintenissen moeten worden nagekomen. Zie bijvoorbeeld de wetgever aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw:

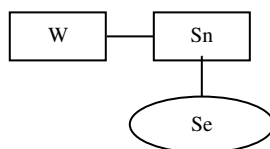
‘In de natuur der Pauliana ligt, dat zij slechts handelingen kan treffen, die de schuldenaar on-  
verplicht verricht. Den schuldenaar kan er geen grief van gemaakt worden, wanneer hij dat-  
gene doet, waartoe voor hem een *rechtsplicht* bestaat’.<sup>2</sup>

Het is de vraag of het onderscheid nog altijd dient te worden gemaakt en, zo ja, of het dan regimebepalend dient te zijn danwel dient te worden gerelativeerd (*par. 2 en 3*).

### 2 Relativering van het pacta sunt servanda

Om te onderzoeken of het onderscheid verplicht-onverplicht moet worden gemaakt, ontleed ik de faillissementspauliana eerst in twee typen situaties. Deze onderscheiden zich door een verschil in rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de persoon waarmee de benadelende handeling is verricht (hierna: de wederpartij).

De eerste situatie betreft de gevallen waarin de wederpartij (W) ten tijde van het verrichten van de handeling géén opeisbare vordering heeft op de schuldenaar (Sn), terwijl de derden (Se) die vordering wél hebben (figuur 4).



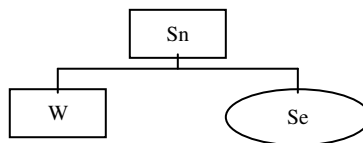
Figuur 4

<sup>1</sup> Voor de jaren 1500–1800 zie Ankum 1962a, p. 253–257. Voor de verschillende opvattingen in het oud-Nederlandse faillissementsrecht, zie Ankum 1962a, p. 357–359.  
<sup>2</sup> Van der Feltz I, p. 434.



Meestal gaat het hier om situaties als bedoeld in artikel 42 Fw, zoals het aangaan van verplichtingen waar geen of een irreële tegenprestatie tegenover staat, bijvoorbeeld in het geval van een verkoop beneden de werkelijke waarde of een schenking.

De andere situatie betreft de nakoming van een opeisbare verbintenis. Hierin staat de wederpartij (W) ten tijde van het verrichten van de handeling in dezelfde rechtsverhouding tot zijn schuldenaar (Sn) als de schuldeisers (Se): zij hebben allen een opeisbare vordering op de schuldenaar (figuur 5).



Figuur 5

Is het belang van de wederpartij die ten tijde van het verrichten van de handeling een opeisbare vordering heeft een ander dan dat van de wederpartij die zo'n vordering niet heeft? Voor de beantwoording van deze vraag analyseer ik in hoeverre het onderscheid relevant is in situaties waarin een faillissement of betalingsonmacht niet aan de orde is.

Het vermogensrecht verschaft schuldeisers met een opeisbare schuld instrumenten waarmee zij nakoming van hun schuldenaar kunnen afdwingen. Voorbeelden hiervan zijn de mogelijkheid om nakoming te vorderen, het opschortingsrecht, het vestigen van een pand- of hypotheekrecht, het leveren onder eigendomsvoorbehoud, het inroepen van het retentierecht en de mogelijkheid tot het leggen van beslag zijn. Vreemd is deze bescherming niet. Schuldeisers hebben ooit vorderingen verworven, vertrouwen erop dat de schuldenaar zijn verplichting zal nakomen, verkeren als het ware in een afhankelijkheidsrelatie en zijn daarmee minder autonoom dan partijen die niet in de hoedanigheid van schuldeiser handelen.

De keerzijde van de beschermingsfaciliteiten is dat schuldeisers waakzaam moeten zijn en zelf actie moeten ondernemen om hun wederpartij te dwingen een verbintenis na te komen. Het *ius vigilantibus* dringt zich hier op.<sup>3</sup> Dit voor zichzelf opkomen speelt buiten het faillissement nog steeds een belangrijke rol. Schuldeisers dienen beslag te leggen in het geval dat hun schuldenaar hen niet betaalt, kunnen hun verplichting opschorten, moeten nakoming vorderen etc.

Voorts dienen schuldeisers *tijdig* actie te ondernemen. Constateert een schuldeiser een gebrek in een prestatie, dan dient hij dat binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek had moeten ontdekken aan de schuldenaar te melden. Verzuimt de schuldeiser dit te doen, dan verwerkt hij (of verjaart) zijn recht.<sup>4</sup> Evenzo dient een schuldeiser tijdig een vordering te innen, anders verjaart zijn vordering na verloop van tijd. Kortom, degene die een vordering heeft op een ander moet waakzaam zijn.

De afhankelijkheid van de schuldenaar en de vereiste waakzaamheid brengt mee dat een schuldeiser in beginsel geen rekening hoeft te houden met belangen van ande-

<sup>3</sup> Reeds de oude Romeinen koesterden deze gedachte, zie Ankum 1962a, p. 227-228. Zie ook Ankum 1962a, p. 210, die onder verwijzing naar Tribonianus spreekt over de schuldeiser die *diligent* is.

<sup>4</sup> Art. 6:89 BW. Overigens is enkel tijdsverloop daarvoor onvoldoende, maar dient er gerechtvaardigd vertrouwen te zijn gewekt dat de aanspraak niet meer geldend zou worden gemaakt, zie bijvoorbeeld HR 29 september 1995, NJ 1996, 89 (*Van den Bos/Provinciale*) HR 18 januari 1991, NJ 1991, 272 (*Staat/Temeuzen*), met verwijzingen naar andere uitspraken.

ren indien hij een opeisbare vordering int. Ook die andere schuldeisers moeten voor zichzelf opkomen. Om deze reden hoeft een schuldeiser die beslag legt andere schuldeisers niet te waarschuwen; deze dienen (mede-)beslag te leggen.<sup>5</sup>

Voor degene die géén rechtens afdwingbare vordering heeft, anders gezegd, een onverplichte handeling verricht, geldt het *ius vigilantibus* niet (of minder). Sterker nog, het belang van een schuldeiser blijkt te prevaleren boven het belang van iemand die een onverplichte handeling verricht die tot gevolg heeft dat kenbare afspraken met andere schuldeisers van de schuldenaar worden gefrustreerd.<sup>6</sup>

De gedachte dat bestaande kenbare belangen van schuldeisers in het geval van een onverplichte handeling wél en bij een verplichte handeling niet prevaleren boven het eigen belang, kan worden teruggevoerd op het in het recht(sbesef) doordrongen adagium *pacta sunt servanda* en het daarmee verband houdende vertrouwensbeginsel.<sup>7</sup> Deze verschijnselen maken dat schuldeisers met een opeisbare vordering een gerechtvaardigd belang hebben om meer voor zichzelf op te komen dan personen zonder een (opeisbare) vordering. Dit leidt tot een plicht van degenen die een onverplichte handeling verrichten om niet dusdanig te handelen dat een schuldenaar door die handeling niet of in mindere mate aan zijn bestaande verplichtingen kan voldoen.

Het *pacta sunt servanda* is weliswaar nog altijd belangrijk, maar niet langer zo absoluut als het is geweest. Dit werd in 1992 door de wetgever expliciet gesteld toen hij besloot het relativiteitsbeginsel niet in het BW op te nemen omdat hij meende dat ontwikkelingen op het gebied van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden niet door dit beginsel de pas af mochten worden gesneden.<sup>8</sup> Deze relativering is een argument om het onderscheid verplicht-onverplicht te relativiseren.

### 3 Het onderscheid en de opkomst van lijsten van gezichtspunten

#### 3.1 Inleiding

Behalve dat het *pacta sunt servanda* (en daarmee indirect ook het onderscheid verplicht-onverplicht) is gerelativeerd, valt op dat de beoordeling van de (on)geoorloofdheid in het vermogensrecht nogal eens plaatsvindt aan de hand van lijsten van gezichtspunten, en niet met criteria die vooral op toepassing zijn gericht, zoals het onderscheid verplicht-onverplicht. Deze opkomst van lijsten van gezichtspunten hangt samen met de overgang van het legisme naar het contextualisme.

#### 3.2 Van legisme naar contextualisme ...

Het legisme, het aanwijzen van de wet als enige rechtsbron<sup>9</sup>, vierde haar hoogtijdagen in de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw.<sup>10</sup> Meijers:

<sup>5</sup> Art. 457 Rv.

<sup>6</sup> Het zogenaamde profiteren van andermans wanprestatie. Zie ook hierna hoofdstuk 4, paragraaf 2.2.

<sup>7</sup> Smits 1995, hoofdstuk IV, met name op p. 145-146.

<sup>8</sup> Parl. Gesch. Bock 6, p. 916-919. Zie tevens hierna hoofdstuk 4, par. 2.1.

<sup>9</sup> Veen 2001, p. 27; Lokin 1994, p. 149; Kop 1992a, p. 2; Kop 1992b, p. 13; Poortinga 1992, p. 281; Jaspers 1980, p. 67; Asser/Scholten 1974, hoofdstuk III, par. 7.

<sup>10</sup> Lokin 1994, p. 149 en 151; Kop 1992a, p. 2 en 30; Jansen 1991, p. 64; Van den Bergh 1987, p. 12. Zo ook Schoordijk 1996, p. 7. Met name Diephuis, Opzoomer en Land vormden voornamen

‘Het geschreven recht heeft zich in den loop der tijden van het oppergezag meester gemaakt en daarom is dit in den tegenwoordigen tijd als de eenige rechtsbron aan te merken’.<sup>11</sup>

De legistische inslag komt ook terug bij de wetsgeschiedenis bij de faillissementspauliana, waarin valt te lezen dat

‘[...] een ieder volkomen tot handelen bevoegd is, en dat eene uitdrukkelijke wetsbepaling noodig is om iemand die bevoegdheid te ontfangen of hem daarin in het een of ander opzicht te beperken’.<sup>12</sup>

Het feit dat de 19<sup>e</sup> eeuwse legist de wet als hoogste rechtsbron zag, heeft meegebracht dat hij in een bepaalde periode werd gekarikaturiseerd als een letterknecht.<sup>13</sup> Niet geheel terecht, zo blijkt uit onderzoek van met name Kop, die aan de hand van voorbeelden duidelijk maakt dat 19<sup>e</sup> eeuwse juristen wel degelijk uitgingen van leemten in de wet en aantoonde dat deze leemten werden opgevuld door onder andere grammaticale uitleg, wetshistorische interpretatie, de gewoonte en de bedoeling.<sup>14</sup>

Toch kende de interpretatiemethodiek uit die tijd haar beperkingen. Interpretatie in de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw werd, in vergelijking met nu, zeer beperkt opgevat: er dient onder te worden verstaan ‘uitleg van dat wat gegeven is’, met andere woorden, interpretatie mocht niet het karakter krijgen van een ontwikkeling van het recht.<sup>15</sup> Omdat de oplossingen afleidbaar waren uit de premissen van de wet(gever), had de rechter weinig vrijheid bij het interpreteren van normen.<sup>16</sup> Dat het recht daarmee soms tot onbillijke uitkomsten leidde, werd gerechtvaardigd met een beroep op de rechtszekerheid.<sup>17</sup> Het privaatrecht vormde daarmee een gesloten systeem met de wet als hoogste rechtsbron.

Aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw begon dit beeld te veranderen. Bijvoorbeeld Drucker:

‘[...] de wetgever behoort zich te beperken: de wet kan nu eenmaal niet alles regelen; sommige onderwerpen zijn nog niet rijp voor wettelijke ordening, andere zijn over het geheel te ingewikkeld of te weinig belangrijk; tal van bijzondere gevallen ontsnappen aan wettelijke formulering. Daarom slechts de beginselen in de wet neergelegd, de vrije toepassing aan den rechter overgelaten’.<sup>18</sup>

---

vertegenwoordigers van het 19<sup>e</sup> eeuwse legisme. Overigens kan vanaf medio 1880 reeds een reactie op het legisme worden bespeurd, zie Kop 1992a, p. 45.

11 Meijers 1903, p. 108.

12 Van der Feltz I, p. 433.

13 Bijvoorbeeld Pitlo 1972, p. 127-129 en 133-134; Asser-Scholten 1974, hoofdstuk III, paragraaf 7; Van der Hoeven 1990, p. 12, hoewel dit beeld op p. 13 enigszins wordt genuanceerd; Wiarda/Koopmans 1999, p. 36.

14 Kop 1992a, p. 3, 36, 37. Zo ook Lokin 1994, p. 149 en Schoordijk 1996, p. 8.

15 Kop 1992a, p. 3, 36, 37, onder verwijzing naar onder andere Land 1899, p. 8. Zo ook Jaspers 1980, p. 67-75; Jansen 1991, p. 64; Poortinga 1992, p. 285 en p. 290-291.

16 Diephuis 1869, pp. 25-26, 85 e.v. en 93 e.v.; Land 1899, p. 45-54; Van der Hoeven 1990, p. 13-14; Kop 1992a, p. 31-32; Poortinga 1992, p. 292 en 293.

17 Bijvoorbeeld Land 1899, p. 35. Zo ook Veen 2001, p. 27 en Van der Hoeven 1990, p. 14.

18 Drucker 1882, p. 37-38.

Ook Molengraaff bood weerstand tegen het legisme. Vanwege zijn hoge mate van betrokkenheid bij de totstandkoming van de Faillissementswet van 1893 is met name zijn opvatting interessant. In zijn oratie van 1885 stelt hij dat

‘[h]et recht wordt [...] bepaald door de heerschende opvatting van wat noodzakelijk is in ’t belang der maatschappij, het is een afspiegeling, het resultaat dier opvatting’.<sup>19</sup>

Hij vervolgt:

‘Immers, naarmate bij een bepaald volk [...] de voortschrijdende en uiteenlopende ontwikkeling der individuen gecompliceerder verhouding tusschen hare leden onderling in ’t leven roept en tegenstrijdige belangen doet ontstaan, het onderling verkeer toeneemt en verdeeling van arbeid plaats vindt, zal eene gemeenschappelijke overtuiging zich steeds zeldzamer voordoen, hetzij omdat niet langer aller rechtsopvatting dezelfde zal blijken, maar ook daarin de strijd der belangen zich zal gaan afspiegelen, hetzij omdat tal van wenschelijke, ja zelfs noodige regels de belangen van slechts enkele groepen onmiddellijk zullen raken’.<sup>20</sup>

Molengraaff houdt er daarentegen een behoudende visie op na wat de vrijheid van de rechter betreft. Niet de rechter, maar de wetgever dient vorm te geven aan het recht:

‘[...] de wetgever herzie gedurig zijne uitspraken, zorgde er onafgebroken voor, dat zij steeds het beeld blijven van de rechtsopvatting van zijn volk, dat zij uitdrukking geven aan de behoeften der samenleving’.<sup>21</sup>

Later hechtten ook anderen minder belang aan klassieke rechtsvindingsmethoden als de grammaticale en wetssystematische interpretatie. Zij zagen in dat de wet niet allesomvattend is.<sup>22</sup> Onder de volgende generatie juristen bevonden zich dan ook nauwelijks meer legisten als Diephuis en Opzoomer; Land, tot hoogleraar benoemd in 1887, was een van de laatsten.

De generatie juristen die hen opvolgde, achtte het net als Molengraaff onwenselijk dat de wet steeds vaker ging afwijken van de maatschappelijke werkelijkheid. Het recht was (te) statisch, terwijl de samenleving in beweging was.<sup>23</sup> Onder invloed van de industrialisering (rond het jaar 1900) en de Eerste Wereldoorlog (1914-1918) veranderden de sociale structuren.<sup>24</sup> Zo gingen banken een prominentere rol spelen in het economisch verkeer en ontstonden er (meer) concernverhoudingen.<sup>25</sup> De maatschappij veranderde en het privaatrecht vervreemde van haar.

De weerstand en afkeer tegen het 19<sup>e</sup> eeuwse legisme leidde uiteindelijk tot een maatschappelijke oriëntatie van de rechtswetenschap.<sup>26</sup> Het recht werd niet meer ge-

<sup>19</sup> Molengraaff 1885, p. 11.

<sup>20</sup> Molengraaff 1885, p. 14-15.

<sup>21</sup> Molengraaff 1885, p. 23.

<sup>22</sup> Bijvoorbeeld Drucker 1882, p. 38; Meijers 1903, p. 123.

<sup>23</sup> Voor een uitgebreide beschrijving van de (sociale) ontwikkelingen rond die jaren: Jaspers 1980, met name hfd. III. Zie ook Levenbach 1938.

<sup>24</sup> Voor een uitgebreide beschrijving zie Jaspers 1980, hfd. VII.

<sup>25</sup> Over de rol van banken bijvoorbeeld Jaspers 1980, p. 249 en noot 10 aldaar.

<sup>26</sup> Kop 1992a, p. 45 e.v.; Jansen 1991, p. 64 e.v. Zo ook Pitlo 1972, p. 130; Pieterman 1990, p. 20 e.v.; Van der Hoeven 1992, p. 15. Verdere verwijzingen in genoemde werken.

zien als een gesloten (en allesomvattend) systeem, maar als open (en gebrekkig).<sup>27</sup> In plaats van het zuiver toepassen van de (gebrekkige) wet kwam de nadruk te liggen op het geven van billijke oplossingen in individuele gevallen. In de feiten zelf ligt het recht.<sup>28</sup>

De harde, eenvoudig toe te passen, maar soms onrechtvaardige criteria maakten plaats voor de context, dat wil zeggen de omstandigheden van het geval. De contextualisering van het privaatrecht nam haar aanvang.

### 3.3 ... en de opkomst van gezichtspuntencatalogi

Door het beoordelen in de concrete omstandigheden van het geval werden de feiten steeds bepalender voor de inhoud van de norm. Dit vloeide voort uit het inzicht dat normen en regels geen ondubbelzinnige betekenis of waarde hebben, maar betekenis krijgen in een bepaalde context, of anders gezegd, slechts gekend kunnen worden in de specifieke omstandigheden van het geval.<sup>29</sup>

De contextualisering leidde in de jaren '60 van de vorige eeuw tot een opkomst van gezichtspuntencatalogi.<sup>30</sup> Het – voor zover mij bekend – eerste voorbeeld daarvan betreft het beroemde Kelderluikarrest.<sup>31</sup> De in dienst van Coca-Cola zijnde Sjouwerman laat tijdens zijn werk in de kelder van een café het kelderluik open, waarna een bezoeker, in een poging het toilet te bereiken, in de kelder valt en zijn been breekt. De vraag of Sjouwerman (Coca-Cola) onzorgvuldig heeft gehandeld, moet, aldus de Hoge Raad, worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name dient te worden gelet op de voorzienbaarheid van het ongeval, op de ernst van de mogelijke gevolgen van het ongeval en op de mate van de bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.

Twee jaar later volgt een tweede arrest van de Hoge Raad met een gezichtspuntencatalogus, ditmaal om de werking van exonerationebedingen te toetsen.<sup>32</sup> De Hoge Raad – onder BW (oud) – overwoog dat het antwoord op de vraag of een beroep op een exonerationebeding vrijstaat, afhankelijk is van tal van omstandigheden, zoals de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding

---

27 Schoordijk 1996, p. 6; Pitlo 1972, p. 130-131; Scholten 1938, p. 24. In deze bijdrage gaat Scholten uitvoerig in op het verschil tussen het privaatrecht van toen (tweede helft 19e eeuw) en het privaatrecht van 'nu' (in 1938). Het laatste, dat het privaatrecht ruimte laat voor rechterlijke vrijheid, stelt Scholten niet expliciet, maar dit is het logische gevolg van zijn redeneren. Zo ook Poortinga 1992, p. 293 en Van der Hoeven 1990, p. 287.

28 De bekende frase uit Asser-Scholten 1974, hoofdstuk I, paragraaf 2.

29 Vergelijk Asser-Vranken 2005, nr. 96; Huppes-Cluysenaer, 1994, p. 114-128; Loth/Gaakeer 2003, p. 31-32 jo. p. 37.

30 Zie naast Vranken 2005 ook Loth/Gaakeer 2003, p. 27-49, in welke werken de opkomst van gezichtspuntencatalogi in verband wordt gebracht met het contextualisme. Overigens komt gelijktijdig met het contextualisme in de rechtspraak het contextualisme in de wetenschap op, zie Huppes-Cluysenaer 1994, p. 114-128.

31 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*) m.nt. G.J. Scholten. Voor een herhaling van deze criteria HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (*Waterschap/RNI*) en HR 28 mei 2004, NJ 2004, 105 (*Jetblast*).

32 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*). De gezichtspunten uit dit arrest zijn gecodificeerd in art. 6:233 sub a BW.

van partijen, de wijze waarop het beding is tot stand gekomen en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest.

De toepassing van gezichtspuntencatalogi dringt zich vervolgens ook op bij andere leerstukken. Het nog te analyseren leerstuk van het profiteren van andermans wanprestatie is hier een voorbeeld van.<sup>33</sup> Daar is de beoordeling van de onrechtmatigheid afhankelijk van de kenbaarheid van het beding, de ernst van het nadeel, de voorzienbaarheid van dit nadeel op het moment van de aankoop, alsmede de mate waarin de aangesproken derde de wanprestatie heeft beïnvloed.<sup>34</sup>

Mede onder invloed van de invoering van het BW in 1992 kreeg de ontwikkeling van de gezichtspuntencatalogi een nieuwe impuls. Zo is de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval bepalend voor het antwoord op de vraag of algemene voorwaarden vernietigbaar zijn, en dient bij de vraag of er sprake is van onrechtmatige hinder rekening te worden gehouden met

‘[...] de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer moet worden rekening gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrenghende activiteit worden gediend, en de mogelijkheid, mede gelet op de daaraan verbonden kosten, en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te nemen’ (r.o. 4.6).<sup>35</sup>

Evenzo is bij een ontslag op staande voet relevant

‘[...] de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, [...] de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als een dringende reden aanmerkt tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is’ (r.o. 3.5).<sup>36</sup>

Voorts hangt de omvang van de zorgplicht van een bank tegenover de beleggende (particuliere) cliënt af van

‘[...] de omstandigheden van het geval, waaronder de eventuele deskundigheid van de cliënt, diens inkomens- en vermogenspositie, de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van de margeverplichtingen en de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, en de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd’ (r.o. 3.6.3).<sup>37</sup>

33 Te behandelen in hoofdstuk 4, paragraaf 2.2.

34 HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (*Eilandgebied Curaçao/Erven Boyé*).

35 HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 (*De Staat/OVB*). Zie tevens HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 107 (*Kraaiende hanen*).

36 HR 22 februari 2002, NJ 2003, 174 (*Looijen/Jansen*). Zie voorts HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190 (*P./Hema*).

37 HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*). Voor meer, met name uit het strafrecht afkomstige voorbeelden, zie Loth/Gaakeer 2003, p. 27 e.v.

Verder moet, om te beoordelen of er al dan niet sprake is van causaal verband tussen een onrechtmatige gedraging en de ontstane schade, worden gekeken naar de aard van de schade, de aard van de aansprakelijkheid en het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de betreffende gedraging.<sup>38</sup> Ook bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding zijn gezichtspunten relevant. Zo dient bij de vaststelling van de hoogte van shockschade in aanmerking te worden genomen

‘[...] de aard van de aansprakelijkheid en de aard en de ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de betrokkene [...]’ (r.o. 6.3).<sup>39</sup>

De contextualisering strekt zich voorts uit over andere rechtsgebieden zoals het procesrecht. Zo moet

‘de vraag of het leggen van een conservatoir beslag als vexatoir en daarom onrechtmatig moet worden aangemerkt, in beginsel [...] worden beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging, waaronder de hoogte van de te verhalen vordering, de waarde van de beslagen goederen en de eventueel onevenredig zware wijze waarop de schuldenaar door het beslag op een van die goederen in zijn belangen wordt getroffen’ (r.o. 3.4).<sup>40</sup>

Zelfs in het (lang) door de rechtszekerheid gedomineerde leerstuk van de verjaring is sprake van contextualisering en spelen gezichtspuntencatalogi een belangrijke rol. Ingrijpend is bijvoorbeeld het verschijnsel dat de omstandigheden van het geval kunnen leiden tot een inbreuk op het absolute karakter van een verjaringstermijn. Met name illustratief hiervoor is het arrest Van Hese/De Schelde, waarin de Hoge Raad een lijst van gezichtspunten geeft aan de hand waarvan de onaanvaardbaarheid van de verjaringstermijn naar geldend recht dient te worden getoetst.<sup>41</sup>

Voor het faillissementsrecht ligt het niet anders. Zo heeft de Hoge Raad in de tweede Sigmacon-uitspraak<sup>42</sup> en in Maclou/Prouvost<sup>43</sup> uitgemaakt dat curatoren en bewindvoerders in hun beslissingen onder omstandigheden voorrang kunnen doen toekomen aan maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid. In ieder geval, zo blijkt uit de arresten, dient de curator bij zijn beslissingen ook rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard. Hoewel men kritiek kan hebben op deze uitspraken – de doorstart leidde in beide procedures spoedig tot een nieuw faillissement – zijn ze illustratief voor de contextualisering van het faillissementsrecht.<sup>44</sup>

Het contextualisme in het faillissementsrecht kan tevens worden geïllustreerd aan de hand van voorstellen die zijn gericht op reorganisatie van de insolvente onderne-

---

38 Art. 6:98 BW jo. Parl. Gesch. Bock 6, p. 345.

39 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (*Kindertaxi*).

40 HR 24 november 1995, NJ 1996, 161 (*Tromp/Regency Residence*).

41 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/De Schelde*); HR 20 oktober 2000, NJ 2001, 268 (*Soolsma/Hertel*). Het betreft omstandigheden als de aard van de schade, de mate van schuld, het bestaan van een verzekering, of binnen redelijke termijn na het aan het licht komen van de schade is overgegaan tot aansprakelijkstelling en het instellen van een vordering.

42 HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (*Sigmacon II*).

43 HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (*Madou/Prouvost*).

44 In gelijke zin Verstijlen 1998a, p. 149.

ming in plaats van op liquidatie, ook al gaat dit ten koste van een aantal schuldeisers.<sup>45</sup> Een voorbeeld hiervan is het voorstel om leveranciers en financiers in faillissement te verplichten door te leveren en te financieren.<sup>46</sup> Zie daarnaast artikel 3, paragraaf 3 van de Leidraad Invordering 2005:

‘Een faillissement heeft voor een belastingschuldige doorgaans ingrijpende maatschappelijke gevolgen. Daarom weegt de ontvanger bij de beslissing of tot de aanvraag van het faillissement moet worden overgegaan alle betrokken belangen zorgvuldig tegen elkaar af. Bij ondernemingen wordt daarbij met name aandacht besteed aan de mogelijke consequenties van het faillissement voor de voortzetting van de bedrijfsactiviteiten en de gevolgen van het faillissement voor de werkgelegenheid van de betrokken werknemers. [...]’

Hoewel er voor- en tegenstanders zijn van de opvatting, dat naast de belangen van schuldeisers ook maatschappelijke belangen een rol spelen, geeft alleen de discussie al aan dat de contextualisering ook in het faillissementsrecht is doorgedrongen.

Inmiddels is de beoordeling aan de hand van de omstandigheden van het geval een normaal verschijnsel. Een zoekopdracht in de NJ-databank op “omstandigheden van het geval” levert dan ook in totaal 583 treffers op, waarvan 395 treffers zien op de periode vanaf 1990.<sup>47</sup>

## 4 Manipuleerbaarheid onderscheid verplicht-onverplicht

### 4.1 Manipuleerbaarheid

Het onderscheid verplicht-onverplicht staat op gespannen voet met de opkomst van lijsten van gezichtspunten en de daarmee gepaard gaande beoordeling in de omstandigheden van het geval. Het onderscheid is regimebepalend in iedere context, terwijl de toepassing van gezichtspunten en het gewicht dat men daaraan toekent, per geval verschilt. De verwachting is dan ook er bezwaren bestaan tegen het gewicht dat aan het onderscheid wordt toegekend. De kritiek lijkt met name dat het door zijn starheid ruimte biedt voor manipulaties.

### 4.2 Tijdens financiële moeilijkheden bij de schuldenaar

Uit jurisprudentie (en literatuur, waarover hierna meer) kan worden afgeleid dat de ongeoorloofdheid bijvoorbeeld kan worden omzeild door (in wezen) onverplichte handelingen verplicht te maken, wat met name mogelijk is bij een inbetalinggeving, schuldvernieuwing en een verkoop met daaropvolgende verrekening. Dergelijke han-

<sup>45</sup> Bijvoorbeeld Luttikhuis 2004, die pleit voor een nieuwe invulling van het begrip ‘gezamenlijke schuldeisers’ zodat de schuldeisers die belang hebben bij een doorstart deze doorstart ook financieren, zodat de verhaalsrechten van (concurrente) schuldeisers die geen belang hebben bij voortzetting daar niet de dupe van worden.

<sup>46</sup> Zie bijvoorbeeld de discussie over doorfinanciers- en doorleveringsplicht voor kredietverschaffers en leveranciers in faillissement. Een selectie uit de literatuur: Meeter 1996, Winter 1998b, Verstijlen 1998b, Verdaas 1999. Vergelijk het huidige art. 37b Fw, waarin staat dat water-, gas-, elektriciteit- en verwarmingsleveranciers niet bevoegd zijn tot het opschorten van hun verplichtingen omdat de failliete onderneming een schuld die voor faillissement is ontstaan niet is nagekomen.

<sup>47</sup> De zoekopdracht is op 15 augustus 2005 uitgevoerd. Er is gezocht op ‘in essentie’.



delingen zijn in wezen onverplicht.<sup>48</sup> De schuldeiser die van zijn schuldenaar € 300.000 te vorderen heeft, heeft een aanspraak op € 300.000, en niet op bijvoorbeeld een overdracht van onroerend goed, ook al heeft deze auto een waarde van € 300.000. Voor de overdracht bestaat immers geen rechtsgrond. De overdracht van de auto is daarom een onverplichte handeling.<sup>49</sup>

In plaats van het onroerend goed aan de schuldeiser over te dragen, kan de schuldenaar het ook aan een derde verkopen en met de opbrengst de schuldeiser betalen.<sup>50</sup> Daarmee is het onderscheid verplicht-onverplicht gemanipuleerd. De betaling in geld is immers verplicht, terwijl de verkoop van het onroerend goed een onverplichte handeling zou zijn geweest.<sup>51</sup> Strategisch gedrag kan er dus toe leiden dat het aantasten van een handeling vergaand wordt bemoeilijkt, terwijl er sprake is van hetzelfde, al dan niet verwerpelijke gedrag als dat het strategisch gedrag niet had plaatsgevonden.

#### 4.3 *Vóór financiële moeilijkheden bij de schuldenaar*

Het onderscheid verplicht-onverplicht kan niet alleen worden beïnvloed als de schuldenaar in financiële moeilijkheden verkeert, maar ook daarvoor. Dit kan met contractuele afspraken. Door in bijvoorbeeld algemene voorwaarden overeen te komen dat een vordering ook op andere wijzen dan in geld kan worden voldaan, kan aantasting door de curator in een later faillissement van de schuldenaar aanzienlijk worden bemoeilijkt. Een treffend voorbeeld is artikel 20 van de Algemene Bank Voorwaarden (ABV), waar in een kredietovereenkomst standaard naar wordt verwezen. Met het opnemen van dit artikel wordt de kredietnemer tijdens het aangaan van de kredietovereenkomst verplicht om, al dan niet op verzoek van de kredietgever, (aanvullende of vervangende) zekerheid te verschaffen. Meestal stuurt de kredietnemer periodiek pandlijsten in. De reden hiervoor is dat een zekerheidsstelling die aanvankelijk voldoende dekking bood na verloop van tijd nogal eens onvoldoende dekking biedt voor het verstrekte krediet.<sup>52</sup>

Door het – onverplicht – opnemen van artikel 20 ABV en het op een later tijdstip verschaffen van zekerheden is het periodiek insturen van de pandlijsten een verplichte handeling. De kans is klein dat de vroegere kredietovereenkomst met behulp van artikel 42 Fw kan worden aangetast: het aantonen van wetenschap van benadeling ten tijde

48 Hoewel de drie situaties juridisch niet identiek zijn, bestaat er feitelijk geen verschil tussen deze gevallen, zie art. 6:127 BW, art. 6:45 BW en Asser-Hartkamp 2005 (4-I), nr. 625. Alle drie zien ze op een betaling van een opeisbare verplichting anders dan op de oorspronkelijk overeengekomen wijze. Met Verstijlen 1999a, p. 128 ben ik van mening dat de juridische nuances tussen de figuren geen verschil zouden moeten maken voor de toepassing van de faillissementspauliana. Vergelijk r.o. 5 van HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 (*Verkerk/Tiethoff q.q.*), waarin de begrippen inbetalinggeving en schuldvernieuwing doorelkaar worden gebruikt.

49 Vergelijk HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (*Kin/Emmerig q.q.*). Voor vergelijkbare voorbeelden uit lagere rechtspraak zie Rb. Almelo 16 oktober 2002, JOR 2003, 44; Pres. Rb. Haarlem 4 januari en 8 februari 2002, JOR 2002, 89; Rb. 's-Hertogenbosch 19 mei 2000, JOR 2001, 114; Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 1999, JOR 1999, 207; Rb. Rotterdam 22 oktober 1998, JOR 1999, 71; Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1998, JOR 1998, 156; Rb. 's-Hertogenbosch 5 september 1997, JOR 1997, 131; Rb. Amsterdam 14 mei 1997, JOR 1997, 87; Hof 's-Hertogenbosch 4 november 1996, NJ 1997, 444.

50 Dezelfde variatie is door Vriesendorp 1996a toegepast op HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (*Kin/Emmerig q.q.*).

51 Zo ook Winter 1998a, p. 70, in reactie op de door Vriesendorp aangebrachte variaties op HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (*Kin/Emmerig q.q.*).

52 Filott 2000, p. 89.

van het sluiten van de kredietovereenkomst is vrijwel niet mogelijk. Indien de bank ten tijde van de handeling geen ‘wetenschap van de faillissementsaanvraag’ had en er geen sprake is geweest van ‘overleg’, is ook de weg van artikel 47 Fw afgesloten.<sup>53</sup> Het met artikel 20 ABV verplicht maken van latere zekerheidsstellingen beperkt dan ook het risico dat zekerheidsstellingen in een later faillissement kunnen worden aangetast.<sup>54</sup>

Dat het in de bestaande situatie mogelijk is om met behulp van (contractuele) bedingen aan het regime van artikel 42 Fw te ontsnappen, blijkt tevens uit een vergelijking tussen het Kin/Emmerig q.q.-arrest en het Verkerk/Tiethoff q.q.-arrest.<sup>55</sup> In het eerste geval verkoopt schuldenaar Probouw onroerend goed aan zijn schuldeiser Kin. Kin verrekent de schuld die uit deze verkoop ontstaat met de vordering die hij heeft op Probouw. Deze verkoop met daaropvolgende verrekening wordt door de Hoge Raad als onverplicht aangemerkt.

In Verkerk/Tiethoff q.q. gaat het om een vergelijkbare situatie. In maart 1994 komen schuldenaar Heemskerk en schuldeiser Verkerk overeen dat Heemskerk zijn schuld (ca. f 185.000) aan schuldeiser Verkerk deels in geld (f 50.000), deels door middel van overdracht van vrachtwagens (f 80.000) voldoet. De resterende schuld wordt kwijtgescholden. Circa drie weken na de afspraak en het nakomen van de ‘akte van dading’ – zoals de afspraak in het arrest wordt aangeduid – gaat schuldenaar Heemskerk failliet en vordert curator Tiethoff vernietiging van de betalingen. Het hof oordeelt onder meer dat zowel de betaling van f 80.000 alsook de inbetalinggeving van de vrachtauto’s een nakoming van de oorspronkelijke verbintenis vormen en dus verplicht verrichte handelingen zijn die alleen met artikel 47 Fw kunnen worden aangetast. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand, en motiveert dit als volgt:

‘Het hof heeft [...] geoordeeld dat, nu van een andere bedoeling van partijen niet was gebleken, zowel de betaling van f 80 000, alsook, in overeenstemming met art. 6:45 BW, de inbetalinggeving van de vrachtauto’s nakoming van de oorspronkelijke verbintenis van partijen opleverden. Dit oordeel, dat berust op de aan het hof als rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden uitlegging van de overeenkomst, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk’ (r.o. 5).<sup>56</sup>

De gelijkenis tussen de gevallen is groot. In beide situaties wordt een vordering van een schuldeiser op de insolvente schuldenaar kort voor het faillissement betaald anders dan in geld. Het verschil in kwalificatie – in het ene geval wordt de betaling als onverplicht aangemerkt en in het andere geval als verplicht – is gelegen in het technisch-juridische:

53 Uit de later te bespreken arresten HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (*van Dooren q.q./ABN Amro I*), HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*) en HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (*Gispen q.q./IFN*) kan worden afgeleid dat zelden aan de criteria van artikel 47 Fw is voldaan.

54 Reeds in 1938 heeft de Hoge Raad de geldigheid van een beding als art. 20 ABV aanvaard, zie HR 13 januari 1938, NJ 1938, 566 (*Kok/Okma q.q.*).

55 HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 (*Verkerk/Tiethoff q.q.*).

56 Hierover is veel te doen geweest. Sommigen meenden in het arrest van de Hoge Raad te kunnen lezen dat hij terugkwam op HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (*Kin/Emmerig q.q.*). Hoewel ik dit niet wil uitsluiten, lijkt dit mij gezien de bewoordingen van de Hoge Raad onwaarschijnlijk. Het Hof had immers gemotiveerd vastgesteld dat de litigieuze betalingen van opeisbare verplichtingen waren, zodat er voor de Hoge Raad geen aanleiding bestond het Hof hierin te ‘overrulen’. Zie voor de discussies over het Verkerk/Tiethoff-arrest Vriesendorp 1999a, Kortmann/Faber 1999, Vriesendorp 1999b, Verstijlen 1999a, Kortmann in zijn NJ-noot onder HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 (*Verkerk/Tiethoff q.q.*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

kennelijk heeft een wederpartij bij een verkoop met daaropvolgende verrekening een ander doel dan de inbetalinggeving. Hadden Kin en Probouw, op het moment dat schuldenaar Probouw nog financieel gezond was, met elkaar een contractuele afspraak dat Probouw de overeenkomst ook had mogen nakomen door een verkoop met daaropvolgende verrekening, dan hadden de zaken waarschijnlijk anders gelegen. De latere verkoop met daaropvolgende door schuldenaar Probouw zou dan verplicht zijn, omdat deze is terug te voeren op het contractuele beding dat niet aantastbaar is omdat het tot stand is gekomen op een moment dat van (dreigende) problemen aan de zijde van de schuldenaar geen sprake was. De ontsnapping aan artikel 42 Fw is daarmee voltooid, terwijl het in wezen om dezelfde feiten gaat als in het geval van bijvoorbeeld een schuldvernieuwing. Een contractueel beding, zoals een algemene voorwaarde, vormt dan ook een effectief middel om schuldeisers een dergelijke verplichting op te kunnen leggen.

## **5 Het onderscheid verplicht-onverplicht in de literatuur**

In de literatuur is gesignaleerd dat de opname van artikel 20 ABV van dit artikel in de kredietovereenkomst het risico beperkt dat een zekerheidsstelling ná de oorspronkelijke kredietverlening in een faillissement kan worden aangetast.<sup>57</sup> Ook is gewezen op de manipulaties tijdens financiële moeilijkheden bij de schuldenaar, zoals ik die hiervoor in paragraaf 4.2 beschreef. Hiermee doel ik op de mogelijkheid om de toepassing van de faillissementspauliana te bemoeilijken door (in wezen) onverplichte handelingen verplicht te maken. Zo is na HR Kin/Emmerig gewezen op de mogelijkheid die ik in dat de schuldenaar, in plaats van het onroerend goed over te dragen aan de schuldeisers die daarna tot verrekening overgaat, ook het onroerend goed had kunnen overdragen aan een ander dan de schuldeiser en met de opbrengst vervolgens de schuldeiser had betaald.<sup>58</sup> Ook in de literatuur concludeert men dat de betaling in geld in dat geval verplicht is.<sup>59</sup>

Deze constatering heeft geleid tot het voorstel om het onderscheid verplicht-onverplicht te versoepelen. Dit ziet met name op samengestelde transacties, waarvoor de tijdsfactor, het verband tussen de verschillende transacties, de bij de transacties betrokken partijen en hun wetenschap en intenties samen zouden bepalen of de transactie een samengestelde is of niet.<sup>60</sup> Anderen betwijfelen of dit naar geldend recht mogelijk is.<sup>61</sup> Uit jurisprudentie die ik hiervoor noemde leid ik af dat rechters (de Hoge Raad) nog vooral letten op de rechtsgrond en de opeisbaarheid, en minder op de genoemde gezichtspunten.

---

57 Bijvoorbeeld Filott 2000, p. 89; Slagter 1999, p. 146; Hoff 1995, p. 9.

58 Vriesendorp 1996a.

59 Vriesendorp 1996a. Zo ook Winter 1998a, p. 70, in reactie op de door Vriesendorp aangebrachte variaties op HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (*Kin/Emmerig q.q.*).

60 Winter 1998a, p. 70.

61 Vriesendorp 1996a.

## 6 Het onderscheid verplicht-onverplicht in de praktijk

Manipulaties treden in ieder geval op bij banken die krediet verlenen. Doorgaans is artikel 20 ABV van toepassing op kredietovereenkomsten. Dit betekent dat banken de kredietnemer verplichten om desgewenst na de kredietverlening (aanvullende) zekerheden te verschaffen. Het opvolgen van zo'n verzoek zou zonder artikel 20 ABV onverplicht zijn.

In het kwalitatief empirisch onderzoek is onderzocht of manipulaties zich ook in andere gevallen voordoen. Dit blijkt het geval; met name grote bedrijven vragen tijdig om advies. In de verschillende focusgroepen gaven de deelnemers specifieke voorbeelden van hoe het onderscheid wordt omzeild. Zo probeert men op een 'veilig' moment met raamovereenkomsten en intentieverklaringen een rechtsbasis te creëren voor handelingen die op een later moment plaatsvinden. Een bekend voorbeeld is artikel 20 ABV. Een vergelijkbaar voorbeeld is het in de algemene voorwaarden opnemen van een verplichting tot zekerheidsstelling.

Wat alle deelnemers signaleerden, zijn afspraken die 'opeens' opduiken, waarbij het dan vooral gaat om afspraken tussen een vennootschap en de grootaandeelhouder of die met danwel tussen familieleden. Hoewel na wat telefoontjes 'de aap soms wel uit de mouw komt', vonden de deelnemers aan de focusgroepen het moeilijk om de geloofwaardigheid van dergelijke documenten te beoordelen. Een dergelijke rechtsgrond is in het algemeen moeilijk te verifiëren.

Veel van de ervaren deelnemers aan de focusgroepen die een adviespraktijk voeren, trachten het onderscheid te omzeilen door een rechtsbasis te creëren; de relatief onervaren curatoren hadden hier nog geen ervaring mee. Of manipulaties mogelijk zijn, hangt echter wél af van het stadium waarin de cliënt verkeert. Als er financiële problemen zijn, houdt het al snel op, omdat men dan bewust zou meewerken aan een paulia-neuze transactie of aan valsheid in geschrifte. De deelnemers aan de focusgroepen waren hier zeer stellig in. Het meewerken aan het omzeilen van het onderscheid betekent dan ook niet dat curatoren meewerken aan ongeoorloofde praktijken.

Problemen bij de toepassing doen zich nauwelijks voor. Zo weten curatoren naar eigen zeggen (in theorie) wanneer een handeling als verplicht of onverplicht moet worden gekwalificeerd (Tabel 8).

**In hoeverre is duidelijk wanneer een handeling als verplicht of onverplicht dient te worden gekwalificeerd?**

	(Heel) onduidelijk	(Heel) duidelijk
Curatoren	4,2	80,4
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	5,3	76,3

Tabel 8

Slechts voor een enkeling in de focusgroepen was het niet geheel duidelijk wanneer een handeling (met name een zekerheidsstelling) als 'om niet' moet worden gekwalificeerd, of ten opzichte van wie de verplichting geldt (is de verkoop van een bedrijfsauto aan een koper verplicht als de verkoper zich jegens zijn echtgenote tot deze verkoop heeft verplicht?).

Ook blijken weinig curatoren moeite te hebben om een handeling (in concreto) als verplicht of onverplicht te kwalificeren (Tabel 9).

**In hoeverre is het moeilijk danwel eenvoudig om een handeling als verplicht of onverplicht te kwalificeren?**

	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Curatoren	6,5	68,7

Tabel 9

Toch ontstaan er volgens 36% van de geënquêteerde curatoren (heel) vaak geschillen over de kwalificatie van een handeling (Tabel 10). Bij advocaten van wederpartijen ligt dit percentage zelfs 15% hoger (51%) (Tabel 10).

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze betrekking op de kwalificatie van een handeling als verplicht of onverplicht?**

	Nooit / (Heel) weinig	(Heel) vaak
Curatoren	37,3	35,5
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	28,1	50,6

Tabel 10

Uit het kwalitatieve onderzoek volgt dat het vooral feitelijke vragen zijn waar curatoren niet altijd uitkomen. Conflicten ontstaan doordat de wederpartij een andere perceptie heeft van de gebeurtenissen en omdat er een discrepantie bestaat tussen wat een ondernemer vindt dat hij verplicht is om te doen en wat juridisch gezien verplicht is. Het valt echter niet precies vast te stellen waarop de conflicten betrekking hebben. De aard van de conflicten en discussies blijkt sterk afhankelijk van het type wederpartij.

Het verweer van een 'leek' stelt doorgaans weinig voor. Dit bestaat nogal eens uit de stelling 'ik kon niet anders', daarmee betogende dat de handeling verplicht is verricht. Voor ondernemers is de Pauliana een vreemd beestje, zo werd gesteld. Zij vereenzelvigen zichzelf met de onderneming, terwijl in de top van (grote) ondernemingen men de verschillende vennootschappen vaak als geconsolideerd beschouwt. Het komt dan ook voor dat tussen groepsvennootschappen rekening-courantverhoudingen bestaan waar geen rechtsgrond aan ten grondslag ligt. Dit verschijnsel kan tot discussies leiden. Ook begrijpen ondernemers niet dat ze paulianeus handelen als ze recht hebben om een betaling af te dwingen maar 'genoegen nemen' met het ontvangen van zekerheid. De 'leek' zal daarom vrijwel standaard ingaan tegen de kwalificatie van een handeling. Daarbij komt dat de schuldenaar het regelmatig eens is met de wederpartij.

De 'huisadvocaat' is volgens de deelnemers aan de focusgroepen nogal eens niet op de hoogte van faillissementsrecht. Deze vindt de problemen dan lastig en geeft eerder toe ('regel het maar, het is mij te ingewikkeld'). Sommige advocaten van bedrijven werken volgens een aantal deelnemers aan de focusgroepen onbewust aan een paulianeuze handeling mee omdat ze, net als de ondernemer, gericht zijn op continuïteit.

Voor banken geldt in de regel dat de juristen die op centraal niveau werkzaam zijn beter op de hoogte zijn van het faillissementsrecht dan de juristen op lokaal niveau.

Als een curator zich geconfronteerd ziet met een advocaat die deskundig is op het terrein van de faillissementspauliana, loopt een onderhandeling of procedure vlotter. Men kan het probleem beter kanaliseren en een regeling treffen, waartegenover staat dat verweren van dit type wederpartij in de regel lastiger zijn te pareren. Dit laatste verklaart waarom er volgens advocaten van wederpartijen meer geschillen ontstaan over het onderscheid verplicht-onverplicht dan volgens curatoren. Dat er relatief weinig bewijsproblemen en onduidelijkheden zijn met het onderscheid verplicht-onverplicht, maar er toch veel geschillen over ontstaan, kan tevens worden verklaard vanuit het gegeven dat een wederpartij vaak ‘alles uit de kast haalt’ om de curator van repliek te denken. Dat de wederpartij in dat kader ingaat op het onderscheid verplicht-onverplicht, kan in mijn ogen worden verklaard door het gegeven dat de kwalificatie van de handeling bepalend is voor hoe moeilijk het voor de curator is om het paulianeuze karakter van de handeling te bewijzen.

## 7 Conclusie

Het maakt thans voor de beoordeling van de (on)geoorloofdheid veel uit of een (rechts)handeling als verplicht of onverplicht wordt gekwalificeerd. In het eerste geval dient de curator, wil de handeling ongeoorloofd zijn, overleg of wetenschap van de faillissementsaanvraag aan te tonen, terwijl deze bij een onverplichte handeling ‘slechts’ wetenschap van benadeling hoeft aan te tonen.

Dat het onderscheid rigide is, geeft aanleiding en ruimte om het onderscheid te omzeilen, dat wil zeggen om onverplichte handelingen verplicht te ‘maken’. Een dergelijke toepassing sluit niet aan bij de beoordeling aan de hand van gezichtspuntencatalogi. Vanuit deze optiek dient het onderscheid niet regimebepalend te zijn, maar slechts een gezichtspunt bij het bepalen van de ongeoorloofdheid. Het zou, anders gezegd, in het ene geval meer betekenis moeten hebben dan in het andere geval.

In het licht van het contextualisme, de opkomst van gezichtspuntencatalogi, de manipuleerbaarheid en de relativering van het *pacta sunt servanda* en het *ius vigilantibus*, is een herbezinning van het onderscheid verplicht-onverplicht dan ook op zijn plaats. Het kan strategisch gedrag oproepen waar de faillissementspauliana onvoldoende tegen is gewapend. Deze mogelijkheid is niet alleen in de literatuur signaleerd, maar manifesteert zich ook in de praktijk. Daarin wordt het onderscheid regelmatig gemanipuleerd. Met name grote bedrijven maken in een vroegtijdig stadium transacties op die manier ‘pauliana-proof’ of vragen daarover advies.

Overigens levert het empirisch onderzoek geen ‘andere problemen’ op. Er zijn nauwelijks onduidelijkheden en ook de kwalificatie van een handeling als verplicht of onverplicht geeft weinig problemen. Geschillen ontstaan vooral door een verschil in perceptie en vragen over feitelijkheden waar een curator niet altijd uitkomt. De aard van de geschillen hangt af van het type wederpartij.

De slotsom is dat het onderscheid niet regimebepalend dient te zijn. Bezien vanuit de opkomst van gezichtspuntencatalogi dient het slechts een gezichtspunt te zijn bij het bepalen van de ongeoorloofdheid, zodat het onderscheid in het ene geval meer betekenis heeft dan in het andere geval. Een andere mogelijkheid is om het onderscheid te

handhaven, maar er een andere betekenis aan te geven. Dit kan door de (on)verplichtheid niet alleen afhankelijk te laten zijn van een rechtsgrond en de opeisbaarheid, maar naar een invulling te zoeken waarin bijvoorbeeld de noodzaak of rechtvaardiging om een handeling te verrichten een rol spelen. Beide oplossingen komen echter op hetzelfde neer – een relativisering van het onderscheid – en sluiten aan bij de contextualisering van het vermogensrecht en de opkomst van gezichtspunten(catalogi).

## Benadeling van schuldeisers

### 1 Inleiding

Hierna beschrijf ik kort het benadelingsvereiste (*par. 2*). Die beschrijving is nodig om te kunnen analyseren of er vanuit de ontwikkelingslijnen bezwaren tegen kunnen worden geformuleerd (*par. 3*). Daarna onderzoek ik welke bezwaren volgen uit de literatuur (*par. 4*) en het empirisch onderzoek (*par. 5*). In de conclusie wordt bekeken welke bezwaren er bestaan tegen het benadelingsvereiste en in hoeverre deze zijn te relateren aan ontwikkelingen in het vermogensrecht.

### 2 Wanneer is sprake van benadeling van schuldeisers?

Het gaat bij benadeling van schuldeisers om een benadeling van de verhaalsmogelijkheden. Die hoeft niet direct na de handeling in te treden. Het is voldoende dat de benadeling een middellijke is, wat wil zeggen dat zij ook later in mag treden, uiterlijk op het moment dat een rechter over de vordering oordeelt.<sup>1</sup>

Net als bij het vaststellen van schade komt de vraag naar de benadeling neer op een vergelijking tussen de situatie waarin de schuldeisers in faillissement verkeren en de hypothetische situatie waarin zij zouden hebben verkeerd als de gewraakte handeling niet had plaatsgevonden.<sup>2</sup> Deze toets vraagt om een inschatting (waarschijnlijkheidsoordeel) van wat er zou zijn gebeurd als de (rechts)handeling in kwestie niet had plaatsgevonden.

Benadeling van schuldeisers kan zich op drie manieren manifesteren.<sup>3</sup> De eerste is de zogenaamde vermogensvermindering, waarbij het actief meer afneemt dan het vreemd vermogen (de schulden), of het vreemd vermogen meer toeneemt dan het actief.<sup>4</sup> Een tweede type benadeling is die van de wijziging van de rangorde op basis waarvan het vermogen van de schuldenaar wordt verdeeld onder de schuldeisers. Deze

1 HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*); HR 22 september 1995, NJ 1996, 706 (*Ravast/Ontvanger*); HR 23 december 1949, NJ 1950, 262 (*Boendermaker/Schopman*). Polak-Wessels 2003 (III), par. 3077 e.v.; Polak/Pannevis 2005, p. 104; Van Koppen 1998a, p. 91-92. Waarmee overigens niet is gezegd dat ook de mogelijk gunstige gevolgen van een *prima vista* benadelende handeling bij de beoordeling dienen te worden betrokken. Deze omstandigheid kan hoogstens bij de beoordeling van de vraag of partijen wetenschap van benadeling hadden. Zie Fricling 2004, p. 176-177. Vergelijk HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (*Eneaa*).

2 Met betrekking tot de faillissementspauliana zie HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*). Vergelijk HR 24 september 2004, NJ 2006, 201 (*Van Gernerden-Muijlaert/Moes*); HR 28 maart 2003, NJ 2003, 389 (*V./Branderhorst*); HR 13 december 2002, NJ 2003, 212 (*B./Olijfers*); HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*). Voorts Fricling 2004, p. 178.

3 Onder meer Polak/Pannevis 2005, p. 105; Van Hees 1998, p. 6; Van Koppen 1998a, p. 25-26; Hoff 1995, p. 13-17; Ophof 1992, p. 20 e.v.. Vergelijk Polak-Wessels 2003 (III), par. 3094.

4 Van Hees 1998, p. 6-7; Van Koppen 1998a, p. 25-26 en de aldaar genoemde noten, die de mogelijkheden rubriceert tot twee vormen van benadeling (vermogensvermindering in bedrijfseconomische zin en doorbreking van de rangorde); Ophof 1992, p. 20 e.v. Vergelijk HR 23 december 1949, NJ 1950, 262 (*Boendermaker/Schopman*).



situatie doet zich voor als de daling (of stijging) van het actief even groot is als de daling (of stijging) van het vreemd vermogen maar er een schuldeiser is ‘voorgedrongen’. Een voorbeeld is een betaling van een vordering of een zekerheidsstelling.<sup>5</sup> Tot slot – de derde manier – kan van benadeling sprake zijn als verhaal is bemoeilijkt.<sup>6</sup> Dit is het geval als een verhaalsobject waar schuldeisers zich relatief eenvoudig op kunnen verhalen is vervangen door een verhaalsobject waarbij verhaalsneming moeilijker is.<sup>7</sup>

Overigens gebruik ik steeds de term ‘vreemd vermogen’ en vermijd ik de term ‘passief’. Het is balanstechnisch gezien onmogelijk dat het actief meer toe- of afneemt dan het passief.<sup>8</sup> Het actief en passief zijn altijd in balans, zodat een afname of toename van het actief onherroepelijk gepaard gaat met een afname respectievelijk toename van het passief, en andersom, dat een afname of toename van het passief leidt tot een afname respectievelijk toename van het actief.

### 3 Geen kritiek vanuit de ontwikkelingslijnen

Bezien vanuit de ontwikkelingslijnen is er geen kritiek op het benadelingsvereiste. De vergelijking tussen de situatie met en die zonder de handeling sluit aan bij de wijze waarop schade in het algemene Nederlandse vermogensrecht wordt vastgesteld. Voorts sluit het vereiste aan bij de beoordeling aan de hand van lijsten van gezichtspunten, die zich kenmerkt door een beoordeling in de concrete omstandigheden van het geval, waarbij de feiten de norm kleuren en bepalen.<sup>9</sup> Dat is ook het geval bij het benadelingsvereiste. Zo valt in de literatuur te lezen dat de vraag naar de benadeling (danwel het causaal verband) in samenhang dient te worden gezien met andere gezichtspunten en omstandigheden.<sup>10</sup> Er dient in ieder geval een zeker verband te bestaan tussen het nadeel en de gedraging.<sup>11</sup>

### 4 Benadeling in de literatuur

In de literatuur is een aantal problemen aan de orde gekomen die te maken lijken te hebben met de contextuele benadering van het benadelingsvereiste. Zo lijkt er verwarring te zijn ontstaan naar aanleiding van het Loeffen II-arrest, waarin de Hoge Raad een onderscheid maakte tussen benadeling en het ontgaan van een voordeel.<sup>12</sup> Om deze verwarring te begrijpen, is het nodig de feiten van het arrest te schetsen.

Apo is op een zeker moment f 750.000,- schuldig aan Meerhuys. Meerhuys heeft een rekening-courantverhouding met de bank, waar zowel Meerhuys als Apo hoofdelijk voor zijn verbonden. De rekening-courantrekening vertoont op een zeker moment een negatief saldo van f 856.326,31 (figuur 6). Dan blijkt Meerhuys niet meer aan haar verplichting jegens de bank te kunnen voldoen. Vervolgens leent de bank een bedrag

---

5 Zie voorts HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526 (*Montana I*).

6 HR 3 oktober 1980, *NJ* 1980, 643 (*Porsche*).

7 Ankum 1962b, p. 118–119.

8 Gesteld dat de toename of afname van het actief (of passief) niet wordt gecompenseerd door een afname respectievelijk toename van het actief (of passief).

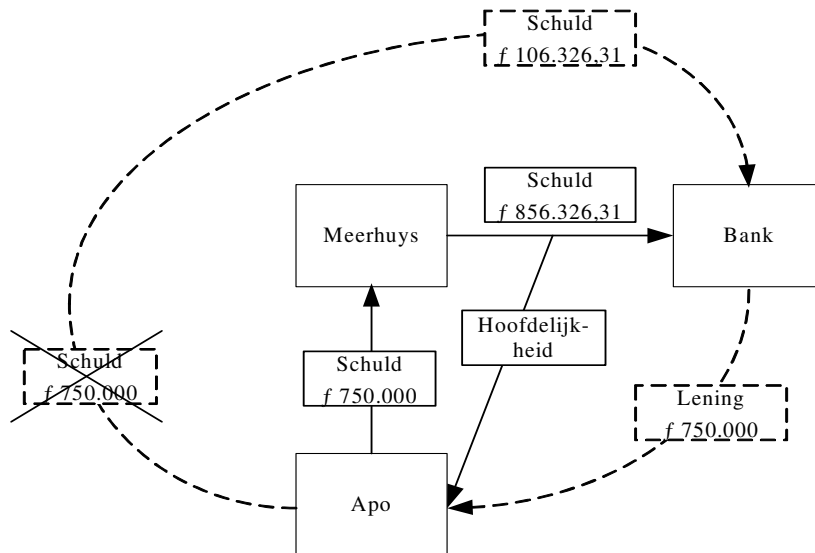
9 Hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.

10 Polak-Wessels 2003 (III), nr. 3056.

11 Van Hees 1997, p. 572 en Polak-Wessels 2003 (III), nr. 3056.

12 HR 22 maart 1991, *NJ* 1992, 214 (*Loeffen II*).

van f 750.000 aan Apo die daarmee de schuld aan Meerhuys aflost. Apo voldoet de vordering op een rekening van Meerhuys bij de bank, waarna de bank de opbrengst verrekent met de nog openstaande schuld van Meerhuys aan de bank (stippellijn figuur 6).



Figuur 6

De Hoge Raad oordeelt dat er geen sprake is van benadeling van schuldeisers, maar van het ontgaan van een voordeel. Indien de handeling niet had plaatsgevonden zouden de schuldeisers in faillissement zich niet op een groter vermogen hebben kunnen verhalen. Dit heeft hoofdzakelijk te maken met twee omstandigheden, te weten (i) dat Apo geen verhaal zou bieden voor de vordering van Meerhuys op Apo en (ii) dat de bank, gezien de hoofdelijke aansprakelijkheid van Apo voor de schuld van Meerhuys, Apo evengoed rechtstreeks aan had kunnen spreken.

Na dit arrest is verwarring ontstaan over wat het verschil is tussen nadeel en het ontgaan van een voordeel.<sup>13</sup> De Hoge Raad heeft de ontstane situatie vergeleken met de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte handeling, en daarbij naar de context gekeken. Hiermee bedoel ik dat de Hoge Raad de omstandigheid heeft meegewogen dat als de betaling niet had plaatsgevonden, ook de lening door de bank aan Apo er niet was geweest, en dat Apo dan geen verhaal zou bieden voor de vordering van Meerhuys op Apo. Anders gezegd, had de betaling niet plaatsgevonden, dan was de situatie niet anders geweest dan de situatie zoals die is ontstaan.

De verwarring heeft te maken met het toepassen van de contextuele benadering op een verplichte handeling. In plaats van dat de Hoge Raad een vergelijking heeft ge-

13 Hierover Van Schilfgaarde in zijn NJ-noot onder HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 (*Loeffen II*) m.nt. P. van Schilfgaarde; Van Koppen 1995, p. 86; Van Galen 1994, p. 33.

maakt tussen de situatie met en zonder de betaling, heeft hij de situatie mét de constructie waarbij Apo, Meerhuys en de bank betrokken waren, vergeleken met de situatie zonder de constructie. Daarmee lijkt de Hoge Raad een vergissing te hebben gemaakt, want de constructie is een onverplichte (rechts)handeling, en niet een verplichte.

De contextuele benadering heeft voorts tot discussies geleid over de vraag of het verlenen van krediet in ruil voor een zekerheidsstelling benadelend is. De Hoge Raad oordeelt in *Van Dooren/ABN Amro II*<sup>14</sup> van wél:

‘Een schuldenaar die ten laste van een hem verleend bankkrediet een van zijn schuldeisers voldoet, bewerkstelligt een verhoging van zijn schuld aan de bank ten bedrage van de aan die schuldeiser betaalde geldsom. Indien de bank het kredietplafond verhoogt tegen aanvullende zekerheidsstelling en de schuldenaar vervolgens de vrijgekomen kredietruimte gebruikt voor de voldoening van een deel van zijn schuldeisers, brengt dat dan ook in diens totale schuldenlast geen wijziging. De bank heeft evenwel op de opbrengst van de in aanvullende zekerheid verbonden zaken voorrang verkregen boven de resterende schuldeisers, terwijl de voldane schuldeisers slechts concurrent waren. De resterende schuldeisers krijgen door een en ander derhalve in plaats van met concurrente medeschuldeisers te maken met de bank als preferent medeschuldeiser. Een dergelijke verschuiving in verhaalspositie zal, behoudens het geval dat de bank de aanvullende zekerheid niet behoeft aan te spreken tot verhaal van haar vordering, nadeel voor de resterende schuldeisers meebrengen, ongeacht voor welk bedrag er schuldeisers dankzij de verhoging van het kredietplafond zijn voldaan’ (r.o. 6).

De redenering is kort gezegd dat zodra de schuldenaar het krediet aanwendt, de bank zich bij voorrang boven andere schuldeisers op het resterende actief kan verhalen. Op deze redenering is kritiek geuit. Er zou geen samenhang bestaan tussen het verlenen van het krediet en de besteding ervan, wat door anderen wordt bestreden.<sup>15</sup>

## 5 Benadeling in de praktijk

Toch lijkt de contextuele benadering niet tot grote onduidelijkheden te leiden. Voor de meeste curatoren, adviseurs en advocaten van wederpartijen is het naar eigen zeggen (heel) duidelijk wat ‘benadeling van schuldeisers’ inhoudt: 60% van de curatoren beschouwt de inhoud van het begrip als (heel) duidelijk, tegen slechts 13% dat het (heel) onduidelijk vindt (Tabel 11). Voor adviseurs en advocaten van wederpartijen liggen de waarden niet wezenlijk anders: 56% tegen 16% (Tabel 11).

**In hoeverre is het duidelijk wat onder 'benadeling van schuldeisers' dient te worden verstaan?**

	(Heel) onduidelijk	(Heel) duidelijk
Curatoren	13,0	60,4
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	15,8	56,1

Tabel 11

<sup>14</sup> HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457 (*Van Dooren/ABN Amro II*).

<sup>15</sup> Zie Verdaas 2006, p. 34 e.v. en de reactie daarop van Van Koppen 2006. In kritische zin ook Van Hees 2006, p. 114–115.

Eén deelnemer aan de focusgroep met relatief onervaren curatoren merkte op dat de strekking van het ontgaan van een voordeel uit het Loeffen II-arrest niet duidelijk is. Voorts ontstond in één focusgroep enige discussie over wat benadeling van schuldeisers inhoudt. Volgens een deelnemer moet er sprake moet zijn van een harde, duidelijke tegenprestatie. Als die er niet is, is er benadeling. Een andere gedachte was dat bij de vraag naar de benadeling ook de mogelijk gunstige gevolgen moeten worden meegewogen, zoals dat in het Eneca-arrest is gebeurd. De reactie daarop was dat als de gunstige gevolgen van een transactie niet bij de vraag naar de benadeling hoeven te worden meegewogen, dit aspect terugkomt bij de vraag of er sprake is van wetenschap van benadeling. Ook vroeg men zich af of Eneca nog 'staat' na Van Dooren/ABN Amro II<sup>16</sup>. De verschillende opvattingen leidden tot een discussie over de vraag of de uitstelregeling van de fiscus – de fiscus verleent uitstel van betaling in ruil voor zekerheden – benadelend is.

Een het (in concreto) vaststellen van benadeling van schuldeisers lijkt op het eerste gezicht enigszins problematisch te zijn. Van de geënquêteerde curatoren geeft 37,5% aan dat dit (heel) eenvoudig is, tegenover 20,1% die het (heel) moeilijk vindt (Tabel 12).

**In hoeverre is het moeilijk danwel eenvoudig om 'benadeling van schuldeisers' vast te stellen?**

	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Curatoren	20,1	38,5

Tabel 12

De vergelijking tussen de situatie dat de (rechts)handeling heeft plaatsgevonden met het geval dat deze niet zou zijn verricht, komt neer op het geven van een waarschijnlijkheidsoordeel over 'als-dan'-situaties. Deze vermogensvergelijking wordt door de ervaren curatoren als een hanteerbaar criterium gezien. Een aantal relatief onervaren curatoren had hier meer moeite mee, vooral in de situatie dat de schuldenaar ten tijde van de benadelende (rechts)handeling technisch failliet is ('de schuldeisers krijgen én kregen niets').

Wat volgens alle deelnemers aan de bijeenkomsten geregeld voorkomt, is dat de wederpartij de door de curator gestelde benadeling betwist. Dat leidt tot discussies en geschillen, die vooral betrekking hebben op waarderingsvraagstukken. Met name goodwill wordt op uiteenlopende wijzen getaxeerd. Taxaties zouden zelfs in zekere zin 'te koop' zijn.

De waardering van goederen, diensten en goodwill geeft aanleiding voor 'welles-nietes'-discussies. Een deelnemer merkte op dat curatoren daar niet aan moet willen ('als je het niet kunt hardmaken dan moet je niet gaan spreken over benadeling'). Overigens gaven de deelnemers aan één focusgroep aan dat het eenvoudiger is om benadeling in de vorm van verdwenen actief aan te tonen dan de toename van vreemd vermogen en dergelijke.

16 HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457 (*Van Dooren/ABN Amro II*).

Vooral de moeilijkheid om benadeling ‘echt’ te bewijzen lijkt van invloed te zijn op het aantal geschillen. Maar liefst 60% van de curatoren geeft aan dat er (heel) vaak geschillen ontstaan over ‘benadeling van schuldeisers’. Slechts 14% geeft aan dat er nooit of (heel) weinig geschillen over ontstaan (Tabel 13). Bij de adviseurs liggen de percentages iets anders: 64% tegenover 7% (Tabel 13).

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze betrekking op benadeling van schuldeisers?**

	Nooit / (Heel) weinig	(Heel) vaak
Curatoren	14,2	60,4
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	6,7	64,0

Tabel 13

Volgens de deelnemers aan de focusgroepen is het eenvoudig om de gestelde benadeling te betwisten. Dit gebeurt volgens hen ook als de wederpartij juridisch wordt bijgestaan. Deels vloeit dit voort uit de onduidelijkheden, maar toch vooral uit de betwisting van de waardering van goederen, diensten en goodwill. Er werd dan ook opgemerkt dat er behoefte is aan duidelijkheid over die waardering. Ook werd in een focusgroep opgemerkt dat het innemen van de stellingen (‘bewijs het dan maar’) een onderdeel van ‘het spel’ is. Tot slot werd opgemerkt dat discussies over de benadelingsvraag kunnen terugkomen bij de vraag naar de toepasselijkheid van het bewijsvermoeden van artikel 43 lid 1 sub a Fw, dat vraagt dat de waarde van de verbintenis aan de zijde van de schuldenaar die van de wederpartij aanmerkelijk overtreft.

## 6 Conclusie

In de praktijk veroorzaken feitelijke vragen, die vooral zien op waarderingsvraagstukken (waardering van goederen, diensten en goodwill), de grootste problemen. Dit bezwaar is echter niet te relateren aan belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht en dient dan ook te worden gekwalificeerd als een ‘ander probleem’.

Ook de vermogensvergelijking met de hypothetische situatie dat de (rechts)handeling niet had plaatsgevonden wil bij sommige (vooral minder ervaren) curatoren nog wel eens problemen opleveren. In de literatuur komt deze onduidelijkheid (vooral) terug in discussies over de contextuele benadering van het benadelingsvereiste. Omdat deze benadering correspondeert met het contextualisme en de beoordeling aan de hand van gezichtspunten, kan de kritiek worden gezien als een gevolg van het aansluiten van het benadelingsvereiste bij belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. In zoverre is de kritiek op de contextuele benadering van het benadelingsvereiste te relateren aan deze ontwikkelingen. Het laten aansluiten van de faillissementspauliana bij belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht zal de kritiek dan ook niet wegnemen. Daarom kwalificeer ik het kritiekpunt niet als een ‘theoretisch bezwaar’, maar als een ‘ander probleem’.

## Overlegcriterium

### 1 Inleiding

Het overlegcriterium van artikel 47 Fw, dat ziet op de beoordeling van verplichte handelingen, valt uiteen in een viertal onderdelen, te weten het feit (de verplichte handeling), het gevolg (bevoordeling danwel benadeling), causaliteit (een verband tussen de handeling en de bevoordeling) en de intentie (samenspanning). Hiervan sluiten de eerste drie aan bij de ontwikkelingslijnen. De analyse ziet daarom vooral op het vierde onderdeel: de intentie van de schuldenaar.

Ik analyseer dit onderdeel door eerst te onderzoeken hoe het functioneert. Daarmee bedoel ik dat ik beschrijf wat het criterium inhoudt en hoe het wordt toegepast (*par. 2*). Daarna onderzoek ik of het overlegcriterium zoals het is, gezien vanuit het toetsingskader, gewenst is. Ik doel daarbij met name op de ontwikkeling van de objectivering van normen, waarvan ik onderzoek wat deze ontwikkeling inhoudt (*par. 3*) en hoe deze zich verhoudt tot het bestaande overlegcriterium (*par. 4*). Daarna onderzoek ik of de (theoretische) bezwaren zijn gesignaleerd in de literatuur (*par. 5*) en of deze zich manifesteren in de praktijk, waarbij dan tevens wordt onderzocht of er ‘andere problemen’ zijn (*par. 6*).

Overigens veronderstel ik hierna dat, wanneer ik in dit hoofdstuk over het overlegcriterium spreek, niet aan het criterium van wetenschap van de faillissementsaanvraag is voldaan.

### 2 Het overlegcriterium naar geldend recht

Verplichte handelingen kunnen behalve met het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw ook worden aangetast indien er sprake is geweest van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser. Hiermee wordt bedoeld het ten doel hebben een schuldeiser boven andere te begunstigen. De gedachte hierachter is niet zozeer om die gevallen te treffen waarin een schuld door middel van bijvoorbeeld een beslag of vonnis is geïnd, maar

‘[...] de bedoeling is veeleer uitsluitend de betalingen te treffen, welke hetzij op afspraak berusten om, wanneer het tot een faillissement mocht komen, den schuldeischer buiten den concursus te houden, hetzij – en dat dikwijls op initiatief van den schuldenaar – gedaan worden in den vooravond van het faillissement, *omdat* dit zal worden aangevraagd, en terwijl de schuldeischer volkomen bekend is met den toestand waarin zijn schuldenaar verkeert’.<sup>1</sup>

Ook elders in de wetsgeschiedenis komt de gedachte tot uitdrukking dat het overlegcriterium restrictief moet worden toegepast<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> Van der Feltz I, p. 449.

<sup>2</sup> Zie Van der Feltz I, p. 434–437.

- 'In de natuur der Pauliana ligt, dat zij slechts handelingen kan treffen, die de schuldenaar onverplicht verricht'.
- 'Den schuldenaar kan er geen grief van gemaakt worden, wanneer hij datgene doet, waartoe voor hem een *rechtsplicht* bestaat'.
- '[M]en kan niet beweren dat hij opzettelijk het onderpand zijner schuldeischers wegmaakt, indien hij het gebruikt juist om zijne schulden te kwijten'.
- 'Evenmin is er een redelijke rechtsgrond aan te wijzen, om hem, die datgene ontving, waarop hij krachtens zijn vorderingsrecht aanspraak had, tot teruggaaf daarvan te noodzaken'.
- 'De vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen is in strijd met de behoeften van het verkeer: immers, zij is gericht tegen het sibi vigilare; zij belet den schuldeischer zijne rechten te doen gelden juist op het oogenblik dat hij ze het meest noodig heeft; nl. als hij een *déconfiture* van zijn schuldenaar vreest'.
- 'Crediet kan men niet verleen, indien men er niet op kan vertrouwen dat, wanneer de schuldenaar betaalt, die betaling ook voor altijd onaantastbaar blijft, al moge hij later, misschien zelfs kort daarna, in staat van faillissement geraken'.
- '[...] verplichte handelingen, en mitsdien ook betalingen van opeischbare schulden nimmer als nietig beschouwd kunnen worden [...]'.<sup>3</sup>

Illustratief is ook de volgende passage:

'[...] daar het hier een uitzondering op den regel geldt, [dient] streng [aan de regel te] worden vastgehouden. De bepaling mag geen aanleiding geven om als nietig te beschouwen datgene wat de schuldeischer krachtens uitoefening van zijn vorderingsrecht heeft verkregen'.<sup>4</sup>

De Hoge Raad houdt strikt de hand aan het overlegcriterium. Dit blijkt onder meer uit zijn arrest van 1995, waarin hij oordeelde dat

'[...] voor de aanwezigheid van overleg [...] is vereist dat sprake is van *samenspanning*, dat wil zeggen dat niet alleen bij de schuldeiser, maar ook bij de schuldenaar het *oogmerk* [curs. GvD] heeft voorgezeten, door de gewraakte betaling *deze* schuldeiser boven andere te begunstigen' (r.o. 3.3).<sup>5</sup>

Hij herhaalde deze uitleg in latere arresten.<sup>6</sup>

Het gevolg van het geldende overlegcriterium is dat er (in de jurisprudentie) zelden een geslaagd beroep op het overlegcriterium wordt gedaan. Ik illustreer dit aan de hand van de meest recente uitspraken die aan de Hoge Raad zijn voorgelegd.

In *Gispen q.q./IFN*<sup>7</sup> sluiten IFN en L&V BV een factorovereenkomst. Dit houdt in dat IFN krediet verstrekt en L&V op haar beurt haar vorderingen tot zekerheid aan IFN moet verpanden. Tevens wordt L&V verplicht op al haar facturen het rekeningnummer van IFN te vermelden en melding te maken van de verpanding. Op een zeker moment vermeldt L&V op een factuur een ander rekeningnummer dan dat van IFN,

---

<sup>3</sup> Van der Feltz I, p. 449.

<sup>4</sup> Van der Feltz I, p. 449.

<sup>5</sup> HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (*Gispen q.q./IFN*) m.nt. P. van Schilfgaarde.

<sup>6</sup> HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 (*Verkerk/Tiethoff q.q.*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann; HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*) m.nt. W.M. Klein.

<sup>7</sup> HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (*Gispen q.q./IFN*) m.nt. P. van Schilfgaarde.

op welke rekening de factuur vervolgens wordt voldaan. IFN ontdekt dit, waarna er ruim een maand vóór het faillissement van L&V een bespreking plaatsvindt waarin de hachelijke financiële positie van L&V aan de orde komt, bestaande uit mislukte onderhandelingen met een aantal schuldeisers, het voornemen van de fiscus om bodembeslag te leggen en de reeds in gang gezette sterfhuisconstructie. IFN sommeert L&V vervolgens, onder dreiging van opzegging van het krediet en een strafklacht, het ontvangen bedrag alsnog op de rekening van IFN te voldoen. L&V zwicht en betaalt, mede omdat door de betaling een doorstart mogelijk zou worden. Wanneer het faillissement van L&V wordt uitgesproken, wil de curator de hierboven beschreven handelwijze met een beroep op het overlegcriterium van art. 47 Fw aantasten. Hij krijgt echter nul op het rekest, omdat de schuldenaar het vereiste oogmerk niet had.

Een tweede voorbeeld is het arrest Verkerk/Tiethoff q.q.<sup>8</sup> Hierin voldoet schuldenaar Heemskerk kort voor zijn faillissement een vordering die schuldeiser Verkerk op hem heeft. Hij voldoet deze deels in geld, deels door vrachtauto's aan Verkerk over te dragen. Wanneer Heemskerk failliet gaat en de zaak bij het Hof komt, oordeelt het Hof dat aan het overlegcriterium is voldaan. De Hoge Raad casseert, kort gezegd omdat het Hof in zijn ogen de wetenschap van benadeling aan beide kanten voldoende achtte om 'overleg' aan te nemen. Opnieuw blijkt dat voor 'overleg' in de zin van artikel 47 Fw een 'oogmerk' is vereist:

'[z]ou het hof hebben geoordeeld dat voor vernietiging van de voldoening van een opeisbare schuld op de voet van art. 47 F. voldoende is dat zowel bij de schuldeiser als bij de schuldenaar wetenschap van benadeling van andere schuldeisers bestond, dan heeft het hof miskend dat art. 47 "overleg" tussen schuldeiser en schuldenaar eist, welk vereiste aldus moet worden verstaan dat sprake is van samenspanning, dat wil zeggen dat niet alleen bij de schuldeiser, maar ook bij de schuldenaar de bedoeling heeft voorgezet door de gewraakte betaling deze schuldeiser boven anderen te begunstigen' (r.o. 4.2).<sup>9</sup>

Het verrichten van handelingen in de wetenschap dat een faillissement nadert, impliceert nog geen oogmerk, aldus de Hoge Raad.

Cikam/Simon q.q. is een geval waarin de Hoge Raad oordeelt dat wél aan het overlegcriterium is voldaan.<sup>10</sup> Cikam GmbH voldoet begin februari 1996 door middel van twee betalingen een opeisbare vordering die zustersvennootschap Cikam BV op hem heeft. Als de rechter GmbH op 1 mei 1996 failliet verklaart, vordert de curator onder meer de betalingen terug op grond van artikel 47 Fw.<sup>11</sup> Hij voert daarbij aan dat aan het overlegcriterium is voldaan omdat beide vennootschappen een gemeenschappelijke bedrijfsleiding hadden: de zakelijk leider en feitelijk bedrijfsleider van de GmbH waren tevens directeur respectievelijk adjunct-directeur bij de BV. Het Hof wijst de vordering van de curator toe. De Hoge Raad laat het arrest van het Hof in stand en oordeelt dat het Hof uit de omstandigheden mocht afleiden dat beide vennootschappen de bedoeling hadden de BV boven andere schuldeisers van de GmbH te bevoordelen. De gemeenschappelijke bedrijfsleiding en het feit dat de betalingen waren verricht op

<sup>8</sup> HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 (*Verkerk/Tiethoff q.q.*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

<sup>9</sup> HR 20 november 1998, NJ 1999, 611 (*Verkerk/Tiethoff q.q.*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

<sup>10</sup> HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (*Cikam/Simon q.q.*). Zo ook Rb. 's-Gravenhage 14 april 1999, JOR 1999, 208 en Hof 's-Hertogenbosch 11 mei 1999, JOR 1999, 126.

<sup>11</sup> Ik laat internationaal privaatrechtelijke aspecten buiten beschouwing.



een moment dat het faillissement onontkoombaar leek, vormden hierbij de voornaamste omstandigheden. Hoewel het gebruikelijk was dat Cikam BV in de eerste maanden van het jaar een deel van haar schuld aan Cikam GmbH afloste<sup>12</sup>, oordeelde de Hoge Raad dat in het onderhavige geval de betalingen worden getroffen door artikel 47 Fw.

Maar één zwaluw maakt nog geen zomer. De Hoge Raad<sup>13</sup> hanteert het overlegcriterium strikt, terwijl uit lagere rechtspraak<sup>14</sup> blijkt dat zelden met succes een beroep kan worden gedaan op het overlegcriterium. Het lijkt erop dat het beperkte toepassingsbereik wordt veroorzaakt door de subjectieve invulling van het criterium. Is zo'n invulling nog wel steekhoudend in het licht van de objectivering van normen?

### 3 Objectivering van normen

Terwijl het overlegcriterium een subjectieve invulling heeft gekregen, valt in het vermogensrecht een brede ontwikkeling van objectivering waar te nemen. Als mijlpaal voor deze ontwikkeling beschouw ik de overgang van het enge onrechtmatigheidscriterium naar de ruimere zorgvuldigheidsnorm, voor welke overgang het Lindenbaum/Cohen-arrest uit 1919 het meest tot de verbeelding spreekt.<sup>15</sup> Door de komst van dit zorgvuldigheidscriterium<sup>16</sup> werd de vraag relevant of iemand in strijd heeft gehandeld met regels die *men* in het maatschappelijk verkeer in acht behoort te nemen.<sup>17</sup> Hiermee kreeg ook het schuld criterium betekenis, wat cruciaal is geweest voor de objectivering van normen.

Tot aan het jaar 1883 werd in de jurisprudentie de term 'schuld' niet zozeer gebruikt als aanvullend criterium naast het onrechtmatigheidsvereiste, maar diende ze meer als kwalificatie van het gedrag; er was schuld als onrechtmatig was gehandeld, dat wil zeggen zonder bevoegdheid of in strijd met het recht.<sup>18</sup> In de literatuur gaat pas ná 1883 de gedachte leven dat het schuld criterium als aanvullend criterium naast het onrechtmatigheidsvereiste moet worden beschouwd.<sup>19</sup> Het werd aanvankelijk subjectief

12 Punt 17 van de conclusie van de A-G in HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (*Cikam/Simon q.q.*).

13 Zie HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (*Gispen q.q./IFN*) m.nt. P. van Schilfgearde.

14 Rb. Utrecht 13 juni 2001, JOR 2001, 167; Rb. Rotterdam 18 februari 1999, JOR 1999, 92; Hof 's-Hertogenbosch 17 september 1997, JOR 1997, 132; Rb. 's-Hertogenbosch 18 juli 1997, NJ 1997, 130. Voor een succesvol beroep zie Hof 's-Hertogenbosch 11 mei 1999, JOR 2000, 13, hoewel in dit geval niet de maatstaf lijkt te zijn toegepast die door de Hoge Raad is aangereikt. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 15 februari 1989, NJ 1989, 869.

15 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*) m.nt. Molengraaff. Voor toepassing van het enge onrechtmatigheidsvereiste zie o.m. HR 23 juni 1882, W. 4791; HR 19 mei 1882, W. 4826; HR 8 april 1881, W. 4663; HR 14 april 1881, W. 4659; HR 6 april 1883, W. 4901; HR 8 januari 1885, W. 5140; HR 27 november 1885, W. 5238; HR 28 april 1887, W. 5435; HR 6 januari 1905, W. 1905, 8163; HR 24 november 1905, W. 1905, 8304; HR 16 december 1910, W. 9117HR 10 juni 1910, W. 9038 (*Zutphense waterkraan*). Voorts Van Maanen 1986, p. 57-72 en p. 91-96, waarin de overgang van het enge onrechtmatigheidscriterium naar het ruimere zorgvuldigheidscriterium in de literatuur respectievelijk de rechtspraak wordt beschreven.

16 De roep om een ruimer zorgvuldigheidscriterium kwam vooral aan het eind van de 19e eeuw. Roelfsema 1893, p. 9; Molengraaff 1887, p. 373-435; Van Lennep 1895, p. 1; Aalberse 1897, p. 69. Scholten 1899, p. 5-6; Jitta 1903, p. 121; Bruins 1906, p. 161; Van Beresteyn 1910, p. 232. Zie voor een uitgebreider overzicht (met ook de tegenstanders van de ruime opvatting), Van Maanen 1986, p. 57-72. Zie ook reeds Belinfante 1865, p. 341 e.v.

17 Van Oven 1932, p. 482. Zie reeds Land 1896, p. 13 en Bruins 1906, p. 33.

18 Van Maanen 1986, p. 122; Sieburgh 2000, p. 117. Vergelijk Wolfsbergen 1946, p. 133; Bruins 1906, p. 18.

19 Van Maanen 1986, p. 124-125 en de aldaar aangehaalde literatuur. Sieburgh 2000, p. 118-119 plaatst deze ontwikkeling aan het begin van de 20e eeuw.

uitgelegd: getoetst werd of de persoon die de schade had veroorzaakt persoonlijk een verwijt kon worden gemaakt.<sup>20</sup>

Door de komst van het zorgvuldigheids criterium werd schuld echter geobjectiverd. Die objectivering heeft erin geresulteerd dat schuld (of de verwijtbaarheid) vooral wordt beoordeeld aan de hand van verkeersopvattingen en niet zozeer aan de hand van de houding of opvattingen van de specifieke dader.<sup>21</sup> Inmiddels blijkt uit zowel rechtspraak als literatuur dat het zorgvuldigheids- én het verwijtbaarheids criterium over het algemeen aan de verkeersopvattingen worden onderworpen.<sup>22</sup> Een subjectieve toets van het schuld criterium speelt nog slechts een rol in het kader van niet-toerekeningsvatbaarheid.<sup>23</sup>

Een gevolg van de beoordeling aan de hand van verkeersopvattingen is dat de verwijtbaarheid, gelijk de onzorgvuldigheid, wordt beoordeeld aan de hand van allerlei functionele vergelijkingen.<sup>24</sup> Zo werd gaandeweg vergeleken met bijvoorbeeld de ‘goede curator’<sup>25</sup> en de ‘voorzichtige arts’<sup>26</sup>. Niet zozeer werd gekeken naar de individuele kwaliteiten (of het ontbreken daarvan) van de dader *in concreto*, steeds méér werd de norm de dader *in abstracto*.<sup>27</sup> De redelijk handelend persoon werd de norm.<sup>28</sup>

Het rekening houden met de omstandigheid van de hoedanigheid van partijen is kenmerkend voor deze categorisering.<sup>29</sup> Dit gezichtspunt impliceert een bepaalde minimumnorm. Zo hebben banken thans in hun hoedanigheid een zorgplicht tegenover de beleggende cliënt, omdat van een bank mag worden verwacht dat hij deskundig is, althans meer deskundig dan een particulier.<sup>30</sup> Evenzo heeft iedere notaris onder omstandigheden rekening te houden met belangen van derden. Zijn monopoliepositie<sup>31</sup> en openbare<sup>32</sup> en rechtszekerheidsverschaffende<sup>33</sup> functie brengen mee dat hij niet alleen de belangen van partijen dient, maar ook het algemeen belang.<sup>34</sup>

Het verbinden van een zeker minimumniveau aan kennis of inzicht blijkt verder uit de wijze waarop invulling is gegeven aan de ‘eigen schuld’-regeling van artikel 6:101 BW. De 50%-regel<sup>35</sup> en de 100%-regel<sup>36</sup> in het verkeersaansprakelijkheidsrecht

20 Bruins 1906, p. 13-14, p. 30; Scholten 1921, p. 202. Van Oven 1932, p. 482, p. 495; Schut 1990, p. 28; Sieburgh 2000, p. 118-119, p. 121.

21 Zo ook Van Nispen tot Sevenaer 1933, p. 545.

22 Van Dam 1989, pp. 81-87 (nrs. 62-66) en p. 144 (nr. 108), met verdere verwijzingen.

23 Bijvoorbeeld HR 18 oktober 1985, NJ 1986, 226 (*Van Rooij/Oistervijk*) m.nt. G. Voorts Van Dam 1989, p. 82, noot 53 en p. 144.

24 Uitgebreider Van Dam 1989, p. 147 e.v.

25 Zie de noot van Scholten bij HR 11 juni 1926, NJ 1926, 1049 m.nt. P. Scholten.

26 Hof Leeuwarden 17 april 1907, W. 8575 en de A-G in zijn conclusie in HR 28 februari 1908, W. 8672.

27 Schut 1990, p. 28; Pels Rijcken 1931, p. 78. Voor meer voorbeelden: Valkhoff 1966. Wat overigens niet betekent dat het BW (oud) ten tijde van het enge onrechtmatigheids criterium geen geobjectiveerde normen kende. Zie bijvoorbeeld art. 164 BW (oud) (zaken *kennelijk* ten behoeve van de huishouding strekkende), art. 1639s lid 1 BW (oud) (*kennelijk* onredelijk ontslag), art. 501 BW (oud) (*blijkbaar*). Voor voorbeelden van kunnen kennis nemen, kennis nemen, blijken bekend te zijn: artt. 6381 BW (oud), 1416d BW (oud), art. 1538 BW (oud), art. 1729 BW (oud).

28 Bruins 1906, p. 19; Pels Rijcken 1931, p. 78; Meijers 1935; Wolfsbergen 1946, p. 133; Schut 1990, p. 28; Sieburgh 2000, p. 120.

29 Voor een uitgebreide schets van deze ontwikkeling zie Tjittes 1994.

30 Bijvoorbeeld HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*).

31 Van den Akker 2001, p. 132-133.

32 Artikel 1 van de Wet op het Notarisambt.

33 Boks 2002, p. 37 en noot 13 op p. 109 aldaar.

34 Zie ook Boks 2002, p. 108-109.

35 HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (*IZA/Vrerink*).

zijn in het oog springende voorbeelden. Andere voorbeelden zijn de eis van de voorzienbaarheid bij de leer van de redelijke toerekening (artikel 6:98 BW)<sup>37</sup> en het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW)<sup>38</sup>. Voorbeelden van vergaande objectiveringen zijn de uitbreiding van het aantal risicoaansprakelijkheden, waar de kwaliteit van bijvoorbeeld bezitter of ouder voldoende kan zijn voor aansprakelijkheid.

Ook buiten het leerstuk van de onrechtmatige daad is de objectivering van normen waarneembaar. Zo werd bij begrippen als ‘goede’ en ‘kwade trouw’ (artt. 587 BW (oud) e.v.) het ‘moeten’ en ‘kunnen kennis dragen’ gelijkgesteld met het ‘kennis dragen’ van art. 588 BW (oud).<sup>39</sup> Dit terwijl in eerdere rechtspraak kwade trouw pas werd aangenomen wanneer vast kwam te staan dat de bezitter *wist* dat hij geen eigenaar is.<sup>40</sup> Vergelijkbaar is ook de ontwikkeling van het leerstuk van de dwaling, waarbij de Hoge Raad in 1924 voor het eerst het vereiste van verschoonbaarheid aanvaardt.<sup>41</sup> Onvoldoende is dat er sprake is van een onjuiste voorstelling van zaken; vereist is dat degene die zich op dwaling beroept redelijkerwijze zulk een voorstelling *kon* en *mocht* maken.

Voor het overeenkomstenrecht is onder meer de ontwikkeling van het oorzaakvereiste illustratief voor de objectivering. De Hoge Raad had in 1922 een subjectieve invulling aan het oorzaakvereiste gegeven door het te omschrijven als datgene wat partijen met de overeenkomst beoogen te bewerken.<sup>42</sup> Dit oordeel was aan forse kritiek onderhevig en is in 1992 vervangen door artikel 3:40 BW.<sup>43</sup> Thans dient de overeenkomst dan ook te worden getoetst aan de wet en de – meer objectieve – goede zeden en openbare orde.

Op een gelijke wijze is het Haviltex-arrest illustratief voor de objectivering. Voor de uitleg van een overeenkomst is thans (veelal) bepalend de zin die partijen *redelijkerwijs* aan de overeenkomst mochten toekennen en hetgeen zij *redelijkerwijs* van elkaar mochten verwachten.<sup>44</sup> Ik verwijs voorts naar de toename van het aantal gevallen waarin wordt toegerekend aan de hand van verkeersopvattingen<sup>45</sup> en naar de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

36 HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 (*Marbeth van Uitregt*).

37 PG Boek 6, p. 345: ‘De vraag of de schade aan de aansprakelijke [...] kan worden toegerekend moet in beginsel worden gezien als een rechtsvraag, die beantwoord moet worden aan de hand van objectieve factoren als de aard van de aansprakelijkheid en van de schade. In dat kader zal ook wat naar objectief inzicht voorzienbaar of waarschijnlijk was een rol kunnen blijven spelen’. Overigens had de Hoge Raad de voorzienbaarheid reeds in HR 3 februari 1927, NJ 1927, 636 aanvaard.

38 Zo zal een overeenkomst niet gewijzigd worden indien er een *onvoorziene* omstandigheid is ingetreden, maar deze omstandigheid voor beide partijen volledig *voorzienbaar* was. Er is dan immers niet voldaan aan het in lid 1 genoemde vereiste van het naar maatstaven redelijkheid en billijkheid niet mogen verwachten van een ongewijzigde instandhouding.

39 Rb. Rotterdam 15 mei 1930, NJ 1931, 158. Rb. Amsterdam 6 maart 1931, NJ 1931, 1286. Voorts Van Nispen tot Sevenaer 1933, p. 544 en Pels Rijcken 1931, p. 75.

40 Rb. Utrecht 17 mei 1922, W. 11051. Treffender is mijn ogen Rb. Leeuwarden 8 januari 1925, NJ 1925, 869, waarin de rechtbank uitdrukkelijk oordeelde dat het criterium van ‘had moeten weten’ onvoldoende was voor ‘kwade trouw’.

41 HR 14 november 1924, NJ 1925, 96.

42 HR 17 november 1922, NJ 1923, 155.

43 Uitgebreider, met bronvermeldingen Asser-Hartkamp 2000 (4-II), nr. 238.

44 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*). Zelfs bij de beoordeling van een CAO-norm acht de Hoge Raad de Haviltexnorm relevant, zie onder andere HR 31 mei 2002, NJ 2003, 110 (*De Heel/Huisman c.s.*) en HR 20 februari 2004, NJ 2004, 493 (*Stichting Pensioenfonds/Fox*).

45 Bepalingen in het BW waar de verkeersopvattingen als criterium zijn opgenomen betreffen de artt. 3:4 BW; 3:9 BW; 3:76 BW; 3:108 BW; 3:254 BW; 5:14 BW; 6:75 BW; 6:77 BW; 6:162 lid 3 BW; 6:228 lid

Belangrijk is ook de opkomst van de beoordeling aan de hand van gezichtspunten.<sup>46</sup> Deze blijken in de regel geobjectiveerd, zoals blijkt uit de beoordeling van gevaar-zettingssituaties, die sinds 1965 worden beoordeeld aan de hand van maatstaven als de mate van waarschijnlijkheid van het te verwachten gevolg, de voorzienbaarheid, de ernst van de gevolgen en de bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.<sup>47</sup> Omdat de in het vorige hoofdstuk beschreven opkomst van gezichtspuntencatalogi een toename van het aantal normen tot gevolg had, had deze ontwikkeling als het ware een ‘multipliereffect’ op de ontwikkeling van de objectivering van normen.

Het objectiveren van normen is noodzakelijk geweest. De verscheidenheid aan belangen maakte het voor de wetgever onmogelijk om ieders rechtsfeer af te bakenen, zodat intenties van de handelende persoon op de achtergrond kwamen te staan.<sup>48</sup> Het gevolg hiervan is dat alleen verhoogde kennis en ervaring meetelde; het ontberen van kennis, kunde of ervaring was vaak niet van belang.<sup>49</sup> De maatstaf van ‘de normale mens’ diende daarmee als ondergrens.<sup>50</sup> De gedachte hierachter is dat men niet de dupe mag worden van een persoon waarvan de geestelijke ontwikkeling beneden het normale ligt.<sup>51</sup>

Het voorgaande leert dat objectiveren van normen verwachtingen schept die losstaan van de specifieke kenmerken of eigenschappen van een persoon. Die verwachtingen vormen een minimumnorm, terwijl specifieke kenmerken of eigenschappen slechts een rol spelen bij het bepalen van de omvang van de zorgplichten en eventuele eigen schuld.<sup>52</sup>

Met het voorgaande wil ik overigens niet betogen dat het vermogensrecht vóór de overgang van het enge onrechtmatigheidscriterium naar de zorgvuldigheidsnorm geen geobjectiveerde normen zou hebben gekend. De goed huisvader uit de Romeinse tijd zou al het tegenbewijs voor die opvatting leveren.<sup>53</sup> Het is ook niet zo dat nu alle normen zijn geobjectiveerd. Het gaat mij om de, in de loop der tijd, bredere toepassing van geobjectiveerde normen.

Wat dan opvalt en voor deze studie relevant is, is dat de objectivering van normen verband houdt met de voor het vermogensrecht zo belangrijke overgang van het enge onrechtmatigheidscriterium naar de zorgvuldigheidsnorm. Dit betekent dat de objectivering zich pas aan het eind van de 19<sup>e</sup> eeuw kan hebben ingezet. Vóór 1883 was een subjectief verwijt aan de dader geen vereiste, zodat verwijtbaarheid nauwelijks kón worden geobjectiveerd.<sup>54</sup> Voorts zijn in de jurisprudentie de eerste tekenen van objectivering waar te nemen vanaf 1900. In de literatuur is, gezien de hoeveelheid artikelen, deze ontwikkeling rond 1930 actueel. Het is daarom waarschijnlijk dat deze ontwikke-

2 BW; 6:229 BW; 6:258 BW; 8:1170 BW. Voorts Mon. Nieuw BW A-20 (Rogmans). Voor meer voorbeelden verwijs ik naar werken als Van Dam 1989, p. 148-154 (nr. 112-117) en Schut 1979.

46 Voor de opkomst van lijsten van gezichtspunten zie ook, maar in een andere context, hoofdstuk 1, paragraaf 3.3.

47 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderhuik*) m.nt. G.J. Scholten.

48 Van Nispen tot Sevenaer 1933, p. 555; Van Schaick 1994, p. 189 en p. 225.

49 Schut 1979, p. 405.

50 Dit ligt niet anders in Duitsland en Engeland, zie Van Dam 1989, p. 144.

51 Meijers 1958, p. 301.

52 Vergelijk HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*).

53 Zie ook het oorspronkelijke art. 1596 (oud) BW, waarin nog van een ‘goed huisvader’ werd gesproken. Zie verder verwijzingen naar bijvoorbeeld de ‘goede bewindvoerder’ (art. 248 (oud) BW).

54 Van Maanen 1986, p. 52 en p. 54-55.

ling zich niet eerder heeft ingezet dan rond het jaar 1900, dus na de totstandkoming van de Faillissementswet.

#### 4 Objectivering en overlegcriterium

Het is onwaarschijnlijk dat de ontwikkeling van het overlegcriterium in artikel 47 Fw gelijke tred heeft gehouden met de objectivering van normen in het Nederlandse vermogensrecht. Het veronderstellen van bepaalde kennis, wetenschap of intenties gebeurt bij het overlegcriterium sporadisch<sup>55</sup>, terwijl deze wijze van beoordelen normaal is geworden in het vermogensrecht.

Indien het overlegcriterium (verder) zou worden geobjectiveerd, zou (meer) rekening dienen te worden gehouden met een gezichtspunt als de hoedanigheid van partijen. Het ligt dan voor de hand om het oogmerk te objectiveren door bij bepaalde typen van schuldeisers, zoals gelieerde vennootschappen, het oogmerk (bij beide partijen) te veronderstellen, bijvoorbeeld op het moment dat de schuldenaar in betalingsonmacht verkeert. Dat gebeurt nu, zo leid ik uit rechtspraak af, zelden.

#### 5 Overlegcriterium in de literatuur

Ook in de literatuur is signaleerd dat het overlegcriterium strikt wordt geïnterpreteerd.<sup>56</sup> Dit gegeven is in zoverre als bezwaar aangemerkt, dat auteurs pleiten voor het oprekken van het overlegcriterium van artikel 47 Fw.<sup>57</sup>

#### 6 Overlegcriterium in de praktijk

Intenties zijn moeilijk te bewijzen. Het is de meeste mensen nu eenmaal niet gegeven om gedachten te lezen. Het ligt dan ook voor de hand aan te nemen dat het bewijzen van het overlegcriterium in de praktijk problemen oplevert. Deze aanname is in de enquête onderzocht. Uit de antwoorden blijkt dat curatoren (76%) het inderdaad (heel) moeilijk vinden om overleg aan te tonen (Tabel 14).

In hoeverre is het moeilijk danwel eenvoudig om overleg aan te tonen?		
	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Curatoren	76,3	5,9

Tabel 14

In de focusgroepen kwam naar voren dat bij curatoren de overtuiging bestaat dat het overlegcriterium alleen slaagt in situaties als in Cikam/Simon (leidinggevende bij A is tevens leidinggevende bij B).<sup>58</sup> Vooral de ervaren deelnemers aan de groepen stellen dat

<sup>55</sup> Zie bijvoorbeeld HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (*Cikam/Simon q.q.*).

<sup>56</sup> Bijvoorbeeld Vriesendorp 1996b. Zie ook de bronnen in de noot hierna.

<sup>57</sup> Zie voor de voorstellen en de kritiek erop Vriesendorp 1996a; Kortmann/Faber 1996, p. 126; Vriesendorp 1999c; van Koppen 2000; Huizink 2001; Van Koppen 2001; Kortmann e.a. 2001, p. 901 en de aldaar in noot 18 genoemde verwijzingen.

<sup>58</sup> HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (*Cikam/Simon q.q.*).

het beperkte toepassingsbereik het overlegcriterium onbruikbaar maakt. Volgens enkele deelnemers wil een faillissementsverhoor ooit wel eens wat opleveren, terwijl de minder ervaren deelnemers hier slechts mee dreigen ('als we het hiervan moeten hebben, heeft de zaak sowieso al weinig kans van slagen'). Andere ervaren curatoren voeren het overlegcriterium 'voor de vorm' nog wel eens aan, maar voegen er vrijwel altijd een subsidiaire grondslag aan toe. Een aantal ervaren deelnemers aan de bijeenkomsten zei zelfs gestopt te zijn met het aanvoeren van het overlegcriterium. De relatief onervaren deelnemers aan de bijeenkomsten waren minder negatief over het toepassingsbereik. Zij beaamden de beperkte reikwijdte, maar spraken niet in termen van onbruikbaar of kansloos.

Het is onwaarschijnlijk dat de problemen om overleg vast te stellen vooral te maken hebben met de onduidelijkheid van het overlegcriterium. De deelnemers aan de focusgroepen zien immers alleen kans op succes in gevallen als Cikam/Siemon. Toch stelt 25% van de geënquêteerde curatoren dat het overlegcriterium (heel) onduidelijk is (Tabel 15).

**In hoeverre is, in de beleving van curatoren, duidelijk wat onder overleg dient te worden verstaan?**

	(Heel) onduidelijk	(Heel) duidelijk
Curatoren	25,4	48,0
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	24,6	38,6

Tabel 15

In de focusgroepen kon niet worden vastgesteld waarom het overlegcriterium onduidelijk is. Dit is een opvallende bevinding gezien de uitkomst van de enquête. Het is waarschijnlijk dat het negatieve beeld van het overlegcriterium de relatief hoge mate van onduidelijkheid veroorzaakt, of anders gezegd, dat men het criterium onduidelijk vindt omdat een geslaagd beroep erop vrijwel kansloos is.

Geschillen over het overlegcriterium komen volgens 37% (heel) vaak voor (Tabel 16). Volgens advocaten van wederpartijen ontstaan er substantieel minder vaak geschillen over het overlegcriterium: maar liefst 45% geeft aan dat zij nooit of (heel) weinig geschillen over het overlegcriterium meemaken (Tabel 16).

**Indien er - in of buiten rechte - geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze betrekking op het overlegcriterium?**

	Nooit / (Heel) weinig	(Heel) vaak
Curatoren	29,6	37,3
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	45,0	24,7

Tabel 16

Ook in de focusgroepen wordt duidelijk dat het overlegcriterium relatief weinig geschillen veroorzaakt. Daar wordt gesteld dat zodra er over overleg verweer wordt gevoerd, er nauwelijks mogelijkheden zijn om een beroep op het overlegcriterium te laten slagen. Dat er toch geschillen over ontstaan, kan te maken hebben met het gegeven

dat curatoren ‘voor de vorm’ nog wel eens een beroep op het criterium doen, wat een zeker opportunisme suggereert. Omdat bepaalde handelingen in de ogen van curatoren niet door de beugel kunnen, proberen ze de handeling aan te tasten in de hoop dat de wederpartij niet tegensputtert. Dit verklaart ook waarom als een wederpartij juridisch wordt bijgestaan, er meer geschillen ontstaan dan als de wederpartij een ‘leek’ is.

## **7 Conclusie**

De conclusie is dat het overlegcriterium niet aansluit bij de objectivering van normen in het vermogensrecht. Hierdoor is overleg moeilijk vast te stellen, welk probleem ook in de literatuur is gesignaleerd en zich in de praktijk bij de toepassing van het criterium manifesteert. Het valt nog niet te zeggen of het overlegcriterium terugkeert onder een alternatief instrument. Mogelijk leidt het objectiveren ertoe dat het criterium opgaat in een wetenschaps criterium of andere gezichtspunten, of leidt het tot het ontwerpen van een nieuw criterium. Ik acht het dan ook zinvol om eerst te onderzoeken wat er met het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw dient te gebeuren, om daarna in *Deel II* te bezien of het overlegcriterium terugkeert wanneer ik nieuwe criteria ontwikkel.

## Wetenschapscriteria

### 1 Inleiding

De faillissementspauliana kent twee wetenschapscriteria. Het eerste criterium staat in artikel 42 Fw en bepaalt dat een rechtshandeling ongeoorloofd is indien zowel de wederpartij als de schuldenaar ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling *wisten* of *behoorden te weten* dat hierdoor schuldeisers zouden worden benadeeld. Hierin schuilen twee elementen. Het eerste ziet op de wetenschap dat de handeling benadelend is voor schuldeisers, het tweede element op wetenschap van een bepaalde financiële toestand van de schuldenaar, waarover hierna meer.

Het tweede wetenschaps criterium staat in artikel 47 Fw en bepaalt dat betalingen van opeisbare verplichtingen kunnen worden aangetast indien de aangesproken schuldeiser ten tijde van het ontvangen van de betaling *wist* dat het faillissement van zijn schuldenaar was aangevraagd. In zekere zin kent ook het overlegcriterium een wetenschapseis: om het oogmerk van bevoordeling te hebben is op zijn minst vereist dat de bevoordeelde schuldeiser wetenschap van de benadeling (of bevoordeling) had.

Hierna toets ik of deze wetenschapscriteria – en impliciet het overlegcriterium – het geoorloofd gedrag adequaat afbakenen van het ongeoorloofd gedrag. Ik doe dit door ze eerst in verbinding te brengen met het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden, waarbij de vraag centraal staat of het terecht is dat zowel de schuldenaar als de wederpartij een zekere wetenschap moet hebben (*par. 2*). Daarna toets ik de reikwijdte van de wetenschapscriteria door ze in verband met de opkomst van zorgplichten elders in het vermogensrecht (*par. 3*), waarna ik ze toets aan de opkomst van gezichtspuntencatalogi en de objectivering van normen (*par. 4*). Vervolgens inventariseer ik de bezwaren zoals die in de literatuur (*par. 5*) en het empirisch onderzoek naar voren komen (*par. 6*). In de conclusie ga ik, tot slot, in op de gevonden problemen en hun relatie tot de verschillende ontwikkelingslijnen (*par. 7*)? Met het oog op de in *Deel II* te ontwikkelen criteria en omdat dit hoofdstuk vrij omvangrijk is, ga ik in de conclusie wat uitgebreider in op de belangrijkste constatering in dit hoofdstuk.

Bij de analyse van het wetenschaps criterium van artikel 42 Fw richt ik mij op het element dat ziet op de wetenschap van een bepaalde financiële toestand van de schuldenaar. De wetenschap dat de handeling benadelend is voor schuldeisers kent, vanuit de ontwikkelingslijnen bezien, geen kritiek. Als er toch (toepassings)problemen bestaan, zouden die uit de literatuur en het empirisch onderzoek moeten blijken.



## 2 Wetenschap en het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden

### 2.1 Een korte introductie

In de *Inleiding en verantwoording* stelde ik al dat de faillissementspauliana voor een lange periode een van de weinige bepalingen is geweest waarbij een derde (de curator) op kon komen voor belangen van schuldeisers die geen partij bij de overeenkomst waren. Het uitgangspunt waarop de faillissementspauliana een uitzondering vormt, is de gedachte dat een contract louter partijen bindt en dat derden er in beginsel weinig mee van doen hebben.<sup>1</sup>

Op een zeker moment bleek dit relativiteitsbeginsel door allerlei maatschappelijke ontwikkelingen achterhaald. Zo werden (en worden) verhoudingen steeds vaker op elkaar afgestemd: aannemers schakelen hulppersonen in, projecten worden opgesplitst en zelfs hele ketens en distributiesystemen worden ontwikkeld om producten aan te bieden aan afnemers over de hele wereld.<sup>2</sup> Ook nam het aantal concernverhoudingen toe, waarbij het voor de aandeelhouders niet altijd meer geheel duidelijk was (en is) wat voor consequenties een overname of fusie voor de waarde van hun aandelen heeft.

Met deze maatschappelijke ontwikkelingen houden ook ontwikkelingen in het vermogensrecht verband. Gaandeweg de 20<sup>e</sup> eeuw wint de gedachte, dat partijen rekening dienen te houden met elkaars belangen, terrein. Aan deze opkomst van zorgplichten heeft ook het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden haar bestaansrecht en actualiteit<sup>3</sup> te danken: men dient niet alleen rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, maar tevens met die van derden.<sup>4</sup>

In 1992 besloot de wetgever dan ook om het relativiteitsbeginsel niet in het BW op te nemen. Er zouden door ontwikkelingen zoveel uitzonderingen op het beginsel zijn gekomen, dat het opnemen ervan in het BW verdere ontwikkelingen op het gebied van het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden de pas zou afsnijden.<sup>5</sup> De gevallen waarvan de wetgever in ieder geval meende dat derdenwerking behoorde te bestaan, werden in de wet geregeld.<sup>6</sup>

De niet in de wet geregelde gevallen van overeenkomsten en derden werden aan de rechtspraak en literatuur overgelaten.<sup>7</sup> De gevolgen: (exoneratie)clausules die doorwerken (ten voor- danwel nadele van derden), bestuurders die worden aangesproken voor hun optreden in die hoedanigheid, en derden die op grond van artikel 6:107

1 Art. 1376 BW (oud). Voor een definitie van dit relativiteitsbeginsel zie Du Perron 1999, p. 14 resp. p. 71. Overigens bestonden er ook vóór 1992 (wettelijke) uitzonderingen op het relativiteitsbeginsel, zoals kwalitatieve rechten en verplichtingen (art. 1354 BW (oud)).

2 Vranken 1997, p. 735.

3 Getuige onder meer het proefschrift van Du Perron (Du Perron 1999), waarin de auteur een gedetailleerde analyse van het leerstuk geeft.

4 Zie bijvoorbeeld HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*) respectievelijk Vranken 1997, p. 716.

5 PG boek 6, p. 916-919.

6 PG boek 6, p. 917. Voorbeelden zijn kwalitatieve rechten (art. 6:251 BW), kwalitatieve verbintenissen (art. 6:252 BW) en derdenbedingen (art. 6:253 BW e.v.). Voor deze en andere voorbeelden zie Asser-Hartkamp 2000 (4-II), nr. 384 e.v.

7 PG boek 6, p. 917.

en 6:108 BW in bijzondere gevallen recht op schadevergoeding hebben.<sup>8</sup> Inmiddels is er binnen het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden dan ook een aantal gevaltypen waarmee de faillissementspauliana kan worden vergeleken. In hoeverre is daar wetenschap relevant, en wie dient die te hebben?

## 2.2 *Op de faillissementspauliana gelijkende gevaltypen*<sup>9</sup>

### *Gevaltype 1: het profiteren van de wanprestatie van een ander*

Een eerste type is het profiteren van andermans wanprestatie. Dit kenmerkt zich door de situatie dat de schuldenaar en zijn wederpartij een (onverplichte) handeling verrichten waardoor een reeds bestaand recht van een derde wordt gefrustreerd.<sup>10</sup> Het vertoont daarmee grote gelijkenis met de situatie van artikel 42 Fw.

Een belangrijk arrest in de ontwikkeling van dit gevaltype is het Kolynos-arrest van 1937.<sup>11</sup> Daarin werd uitgemaakt dat wetenschap van het profiteren van de wanprestatie van een ander voldoende is voor onrechtmatigheid. Het ging in dat arrest om tubes Kolynos-tandpasta. In de verkooporganisatie van Kerkhoff was contractueel overeengekomen dat de tubes slechts mochten worden geleverd aan detaillisten die voorkwamen op een door Kerkhoff aangehouden lijst. Ook moest de detailprijs van de tubes 60 cent per tube bedragen. Florence, die niet tot de door Kerkhoff aangehouden lijst behoorde, verkocht vervolgens in haar winkel de tubes voor een prijs van 49 cent per tube. Het Hof oordeelde dat Florence onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Kerkhoff omdat zij zich bewust was van de contractbreuk van de grossier vóórdat zij de tubes in haar bezit had gekregen. De Hoge Raad accordeerde het oordeel van het Hof en voegde eraan toe dat

‘Florence door bewustelijk [...] gebruik te maken van de omstandigheid, dat de personen, die in de verkooporganisatie van Kerkhoff een rol spelen, zich wederrechtelijk onttrekken aan hunne te dien aanzien tegenover Kerkhoff op zich genomen verplichtingen, voor zich de gelegenheid schept en vervolgens die gelegenheid benut om regelmatig [...] handelingen te plegen, waartegenover zijne concurrenten machteloos staan en waardoor de bedoelde, een gesloten stelsel vormende, verkooporganisatie wordt verstoord en dientengevolge Kerkhoff's bedrijf benadeel[t]’.

8 Bijvoorbeeld de artt. 6:107 en 6:108 BW, evenals het wetsvoorstel aangaande de vergoeding van affectieschade, *Kamerstukken* 2002/03, 28 781, dat, wanneer het zou worden ingevoerd, de reikwijdte van de genoemde bepalingen aanzienlijk zou verruimen. Voor meer voorbeelden zie Vranken 2002, p. 40–41.

9 Ik laat een bespreking van het gevaltype van de verrekening achterwege. Deze vertoont in mijn ogen te veel samenhang met de artikelen 42–47 Fw in de zin dat een verrekening onderdeel van de faillissementspauliana vormt. Zie bijvoorbeeld HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 104 (*Loeffen I*) m.nt. W.C.L. van der Grinten: betalingen door een derde voor faillissement en op rekening van de schuldenaar zijn ongeoorloofd in de zin van art. 47 Fw als de schuldovernemer (bank) ten tijde van de verrekening wist van de faillissementsaanvraag.

10 Behalve de hierna te noemen voorbeelden kan ook worden gedacht aan het in strijd handelen met het concurrentiebeding (het uitlokken van de wanprestatie), het geval waarin de aanbesteder een overeenkomst sluit met een willekeurige wederpartij die niet betrokken is geweest in de aanbestedingsprocedure en waardoor de wél in de procedure betrokken partijen (derden) de opdracht niet krijgen gegund. Ik werk deze voorbeelden niet uit omdat ze de uiteindelijke conclusie niet anders maken.

11 HR 11 november 1937, *NJ* 1937, 1096 (*Kolynos*).

Later blijkt, in tegenstelling tot de dan toe gewezen en hierboven beschreven rechtspraak, dat wetenschap van de wanprestatie op zichzelf onvoldoende is voor onrechtmatigheid:

‘dat [...] het handelen met iemand terwijl men weet, dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens dien derde niet onrechtmatig is’.<sup>12</sup>

De wetenschapseis is daarmee *conditio sine qua non* geworden. Du Perron<sup>13</sup>:

‘Een recht dat men niet kent, kan men immers louter bij toeval ontzien. Daarbij komt dat men in het maatschappelijk verkeer in de regel niet verplicht is onderzoek te doen naar mogelijke verbintenissenrechtelijke rechten en belangen van anderen. Het ontbreken van publiciteit in het verbintenissenrecht komt in beginsel voor risico van partijen’.

Het is heersende leer dat bijkomende omstandigheden zijn vereist wil het profiteren van andermans wanprestatie onrechtmatig zijn.<sup>14</sup>

De eis van bijkomende omstandigheden heeft ertoe geleid dat thans tal van gezichtspunten van belang zijn bij de beoordeling van de onrechtmatigheid. Bestond de gezichtspuntencatalogus in *Streefland/van der Graaf*<sup>15</sup> en *Pos/van den Bosch*<sup>16</sup> nog uit de onderlinge verwantschap van al de betrokkenen, de vertrouwenspositie tussen degene die wanpresteerde en degene die profiteerde van de wanprestatie, en de aard en ernst van het nadeel, later werd deze catalogus vergaand uitgebreid. Zo werden daar in *Curaçao/Erven Boyé*<sup>17</sup> aan toegevoegd gezichtspunten als de kenbaarheid van het beding, de ernst van het nadeel, de voorzienbaarheid van dit nadeel op het moment van de aankoop, alsmede de mate waarin de aangesproken derde de wanprestatie heeft beïnvloed. Hier kunnen nog aan worden toegevoegd de hoedanigheid van alle betrokken partijen<sup>18</sup> en, na *Vleesmeesters/Alog*<sup>19</sup>,

‘[...] de vraag in hoeverre voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, [...] de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling’ (r.o. 3.4).

---

12 HR 12 januari 1962, *NJ* 1962, 246 (*Nebeja/Grundig*). In dezelfde zin HR 13 januari 1961, *NJ* 1962, 245 (*KIM/Sieverding*).

13 Du Perron 1999, p. 152–153.

14 Een selectie uit de jurisprudentie: HR 23 december 1955, *NJ* 1956, 54 (*Staat/De Ranitz q.q.*); HR 3 januari 1964, *NJ* 1965, 16 (*Streefland/van der Graaf*); HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42 (*Pos/van den Bosch*); HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 (*Eilandgebied Curaçao/Erven Boyé*); HR 24 september 2004, *RvdW* 2005, 8 (*Vleesmeesters/Alog*). Zo ook Vorstman 1939, p. 33; Du Perron 1999, p. 136 en p. 152; Lammers 1999, p. 235.

15 HR 3 januari 1964, *NJ* 1965, 16 (*Streefland/van der Graaf*) m.nt. G.J. Scholten.

16 HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42 (*Pos/van den Bosch*) m.nt. G.J. Scholten.

17 HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 (*Eilandgebied Curaçao/Erven Boyé*).

18 Zie in dit verband HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 714 (*van der Meer/gen. Smilde*) en HR 27 januari 1989, *NJ* 1990, 89 (*Verboom/Staat*) m.nt. C.J.H. Brunner, waarin de bijzondere verantwoordelijkheid van de Staat als relevante omstandigheid wordt gezien. Over die ‘bijzondere’ hoedanigheid zie ook Van Dijk 1990.

19 HR 24 september 2004, *RvdW* 2005, 8 (*Vleesmeesters/Alog*). Overigens is het de vraag of dit arrest binnen het gevaltype van het profiteren wegens andermans wanprestatie moet worden geplaatst, zie Van Laarhoven 2005.

De eis van deze bijkomende omstandigheden leidt uiteindelijk tot een verschuiving van het perspectief. Van het wetenschaps criterium is de focus verplaatst naar de ‘bijkomende’ omstandigheden, waar wetenschap in op lijkt te gaan, getuige gezichtspunten als de hoedanigheid van partijen, de onderlinge betrokkenheid etc.

*Gevaltype 2: aansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, selectieve betaling en het wekken van de schijn van kredietwaardigheid*

Een tweede gevaltype is een bundeling van drie zelfstandige gevaltypen, die ik omwille van de overzichtelijkheid samen bespreek.<sup>20</sup> Achtereenvolgens behandel ik – bondig – de afzonderlijke gevaltypen, te weten de aansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling en de aansprakelijkheid wegens het wekken van de schijn van kredietwaardigheid.<sup>21</sup> De gemeenschappelijke noemer is dat de aangesproken persoon bepalende invloed uitoefent of uit kan/moet oefenen op de schuldenaar, waardoor schuldeisers van de schuldenaar worden benadeeld.

De artikelen 2:138 en 2:248 BW gaan over bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur. Ze bepalen dat een bestuurder in faillissement aansprakelijk is voor het tekort van de boedel indien hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de rechtspersoon. Wetenschap van benadeling van schuldeisers aan de zijde van de bestuurder wordt in dit geval verondersteld. Er mag van uit worden gegaan dat de bestuurder die onbehoorlijk bestuurt wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg van zijn handelen of nalaten zou zijn.

In het geval van een selectieve betaling betaalt de schuldenaar een aantal schuldeisers, waarna hij niet in staat blijkt te zijn de vorderingen van de overgebleven schuldeiser(s) te voldoen.<sup>22</sup> Het is in zo’n situatie mogelijk om een ander dan de schuldenaar met succes aansprakelijk te stellen. Die ander is in de regel degene die zich intensief met de vennootschap heeft bemoeid en die de selectieve betalingen heeft toegestaan of in de hand heeft gewerkt, in de wetenschap dat daardoor de overgebleven schuldeiser(s) geen verhaal meer zou vinden bij de schuldenaar.

Van aansprakelijkheid wegens het wekken van de schijn van kredietwaardigheid kan worden gesproken indien een bestuurder, moedervennootschap of bank namens de vennootschap overeenkomsten aangaat of handelingen verricht waardoor schuldeisers van de vennootschap worden benadeeld. Hierbij zijn drie typen situaties te onderscheiden. In alle drie de gevallen blijkt de benadeelde derde een ander dan de schuldenaar te kunnen aanspreken omdat die ander wist of behoorde te weten dat door zijn handelen (of nalaten) schuldeisers zouden worden benadeeld.

Ik doel op de volgende drie typen gevallen. Ten eerste die waarin de bestuurder namens de vennootschap een overeenkomst sluit waarvan hij weet of behoort te weten dat de vennootschap deze niet meer na kan komen en waar de vennootschap geen ver-

<sup>20</sup> Ook in de literatuur gebeurt dit, zie bijvoorbeeld Van Schilfgaarde/Winter 2003, nrs. 48–49.

<sup>21</sup> Uitgebreider Asser-Maeijer-van den Ingh 2000 (2-III), nr. 326 e.v. en nr. 623 e.v. en Van Schilfgaarde/Winter 2003, nrs. 48–49.

<sup>22</sup> Voor voorbeelden van dit type aansprakelijkheid HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (*Coral/Stalt*); HR 30 mei 1997, NJ 1997, 663 (*Van Essen q.q./Aalbrecht en Looman*). Voorts HR 22 mei 1931, NJ 1931, 1429 (*Bel/Bergers*). Vergelijk HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 (*Keulen/BLG*), waarin geen aansprakelijkheid werd aangenomen.

haal voor biedt.<sup>23</sup> Ten tweede de situatie waarin een moedermaatschappij of bank in het kader van kredietverlening wist of behoorde te voorzien dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal, bijvoorbeeld omdat deze plotseling en in het zicht van het faillissement zekerheid verkrijgt, of omdat krediet is verleend in ruil voor zekerheid en vervolgens met het verkregen krediet een eerdere schuld wordt afgelost.<sup>24</sup> Ten derde doel ik op het geval waarin schuldeisers een ander dan de schuldenaar aanspreken omdat die ander zich de kredietwaardigheid van de schuldenaar had moeten aantrekken en, op het moment waarop dat nodig was, maatregelen had moeten nemen om (verdere) schade bij de schuldeisers te voorkomen.<sup>25</sup>

### *Gevaltype 3: aanbestedingsprocedures*

De rechtsverhouding tussen betrokkenen in geval van een betaling vóór een faillissement vertoont sterke gelijkenis met de rechtsverhouding zoals die tijdens een aanbestedingsprocedure bestaat tussen de aanbesteder en de inschrijvers, alsmede die tussen de tussen de inschrijvers onderling. De aanbestedingsprocedure vertoont sterke gelijkenis met het geval van een betaling vóór een faillissement als bedoeld in artikel 47 Fw. Zo kan een aanbesteder worden verplicht een aanbestedingsprocedure te houden, welke procedure een precontractuele rechtsbetrekking schept tussen de aanbesteder en de inschrijvers.<sup>26</sup> Daarnaast wordt aangenomen dat ook tussen inschrijvers onderling een rechtsverhouding bestaat die onderlinge verplichtingen kan scheppen.<sup>27</sup> Dat de normen zich niet alleen richten tot de aanbesteder, maar ook gelden tussen inschrijvers onderling, blijkt voorts uit het feit dat er voorbeelden zijn waarin de ene inschrijver de andere aanspreekt op grond van onrechtmatige daad omdat die ander met de aanbesteder onder één hoedje heeft gespeeld.<sup>28</sup> Hiermee wordt de parallel met de situatie van artikel 47 Fw zichtbaar: net zoals de schuldeiser die een betaling ontvangt rekening dient te houden met andere schuldeisers, dient een inschrijver in een aanbestedingsprocedure dat tot op zekere hoogte te doen met andere inschrijvers.

- 23 Met name HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (*Beklamel*) en HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (*Rommner/Bakker*). Voorts HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (*NHB/Oosterhoff*); HR 5 november 1999, NJ 2000, 35 (*FVOG/NBM*); HR 20 november 1998, NJ 1999, 684 (*SMS/Wijsmuller*); HR 14 november 1997, NJ 1998, 270 (*Henkel/JMC*); HR 13 oktober 1995, NJ 1996, 140 (*Davidson/Helling*); HR 13 januari 1995, NJ 1995, 482 (*Hurks/Sobi I*).
- 24 HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 (*Erba I*) en HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (*Osby*). Zie ook hierna paragraaf 3.3.
- 25 HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (*Sobi/Hurks II*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann. Zie ook hierna paragraaf 3.3.
- 26 RvA 14 januari 1992, BR 1993, 147; RvA 22 april 1991, BR 1991, 565. Voorts Van Wijngaarden 2001, p. 23, Van den Berg e.a. 2004, p. 327 en Van den Berg 1991, p. 24, noot 82, alle met verdere verwijzingen. De verplichting tot het houden van een aanbestedingsprocedure vloeit voort uit twee Europese richtlijnen (2004/17 en 2004/18) die via Amvb's (Bao en Bass) in de Nederlandse rechtsorde zijn geïmplementeerd. Inmiddels is er een wetsvoorstel (nr. 30 501) ingediend voor een nieuwe Nederlandse Aanbestedingswet die later als de formele implementatie zal dienen van de richtlijn.
- 27 Hoewel er verdeeldheid bestaat over het rechtskarakter, verdedigen de meeste auteurs een dergelijke rechtsverhouding. Zie bijvoorbeeld Van den Berg 1991, p. 24, met veel verdere verwijzingen in noot 82; Vranken 1991, p. 300-306; Wedekind 2001, p. 17; Slagter 2001, p. 3-4. Zo ook Jansen 2001, p. 99 e.v. Voorts RvA 1 augustus 1989, BR 1990, 63; RvA 22 april 1991, BR 1991, 565. Voorts Jansen/Janssen 2004, p. 374 e.v.
- 28 RvA 1 augustus 1989, BR 1990, 63. In de praktijk komt deze situatie niet vaak voor. Het is immers primair de taak van de aanbesteder om de aanbestedingsprocedures toe te passen – hij past de kwalitatieve selectiecriteria toe en gunt uiteindelijk de opdracht aan een inschrijver – en beslissingen te nemen die tot benadeling van derden kunnen leiden. Voorts is de aanbesteder de enige die het nadeel kan vergoeden op de wijze zoals de benadeelde dat wenst, namelijk door deze alsnog de opdracht te gunnen.

Ook bij aanbestedingsprocedures is het dus mogelijk dat de ene inschrijver de andere aanspreekt omdat deze op een ongeoorloofde wijze in strijd heeft gehandeld met aanbestedingsregels. Ik zou willen verdedigen dat ook hier wetenschap één, maar niet het enige vereiste is, met de kanttekening dat de eis van wetenschap dermate is geobjectiverd dat van een inschrijver in een aanbestedingsprocedure kan worden verondersteld dat het voor hem kenbaar is dat het schenden van aanbestedingsregels nadeel kan veroorzaken bij andere inschrijvers.

### 2.3 *De faillissementspauliana met de andere gevaltypen vergeleken*

#### 2.3.1 *Wetenschap is een voornaam criterium*

Het blijkt dat wetenschap (van benadeling) bij de vergelijkbare gevaltypen niet het enige of het doorslaggevende, maar vaak wél een voornaam criterium of vereiste is om de (on)geoorlooftheid te beoordelen. De faillissementspauliana sluit hier in zoverre bij aan dat wetenschap ook bij de faillissementspauliana een voornaam criterium is om de (on)geoorlooftheid te beoordelen.

#### 2.3.2 *Wetenschap aan de zijde van de schuldenaar is niet vereist*

Artikel 42 Fw eist zowel wetenschap aan de zijde van de schuldenaar als aan de zijde van zijn wederpartij.<sup>29</sup> Bij het opstellen van artikel 47 Fw heeft meegespeeld dat de schuldenaar in beginsel volkomen bevoegd is om over zijn vermogen te beschikken.<sup>30</sup> Is het terecht dat kwaliteiten van de schuldenaar, zoals wetenschap en beschikkingsbevoegdheid, een rol spelen bij de beoordeling van de (on)geoorlooftheid?

In de hiervoor beschreven gevallen staat steeds de verhouding tussen de wederpartij van de schuldenaar en de derden centraal en is wetenschap van de schuldenaar maar beperkt relevant voor de vraag naar de ongeoorlooftheid. Weliswaar doet de ‘schuldenaar’ steeds iets onbehoorlijks – hij wanpresteert, schendt aanbestedingsregels etc. – en is dat onbehoorlijke een noodzakelijke voorwaarde om van ongeoorlooftheid te kunnen spreken, maar het ontbreken van een zekere wetenschap aan zijn zijde vormt geen beletsel voor benadeelde derden om de wederpartij van de schuldenaar aan te spreken. Is het dan nog terecht dat bij de faillissementspauliana wetenschap aan de zijde van de schuldenaar wél relevant is?

Het *verkrijgen* van voorrang dient niet te worden verward met het *rechtvaardigen* van voorrang. Bij voorrang gaat het om de vraag wie welk deel van het vermogen van de schuldenaar behoort te krijgen. De schuldenaar staat buiten de beantwoording van deze vraag, behalve dat de voorrang via hem wordt verkregen. Het feit dat hij voorrang mogelijk maakt of daar weet van heeft, wil echter niet zeggen dat daarmee deze daarmee is gerechtvaardigd. Die rechtvaardiging dient te worden gezien in de verhouding tussen

29 Voorts Van der Feltz I, p. 28: ‘[...] den *schuldigen* derde, die tijdens zijne verwerving bekend was met het gebrek, dat der vervreemding aanleefde, bekend was met het feit dat de schuldenaar door zijne handeling zijne schuldeischers moedwillig benadeelde’.

30 Bijvoorbeeld Van der Feltz I, p. 435, hoewel in de wetsgeschiedenis ook valt te lezen dat de gedachte achter artikel 47 Fw is een tussen schuldeisers bestaande goede trouw.

de wederpartij en de schuldeisers, waarvoor eventuele wetenschap van degene die de voorrang geeft irrelevant is.

Met het voorgaande is nadrukkelijk niet gezegd dat de autonomie of beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar niet relevant zou zijn. Integendeel. Als gezegd, beschikkingsbevoegdheid is een voorwaarde voor, maar geen rechtvaardiging van voorrang. Vóór faillissement is en blijft de schuldenaar in beginsel volledig bevoegd naar eigen oordeel over zijn vermogen te beschikken. Deze bevoegdheid is echter, net als eventuele wetenschap, alleen relevant in de verhouding schuldenaar-wederpartij en de verhouding schuldenaar-schuldeisers, maar niet in de verhouding wederpartij-schuldeisers.<sup>31</sup>

De conclusie is daarmee dat wetenschap aan de zijde van de schuldenaar geen vereiste behoort te zijn voor de beantwoording van de vraag of de wederpartij zorgvuldig heeft gehandeld tegenover (andere) schuldeisers.<sup>32</sup> Zo'n eis blijkt niet aan te sluiten bij het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden en is bovendien dogmatisch onjuist.<sup>33</sup> Wetenschap aan de zijde van de schuldenaar mag daarom niet terugkeren bij de in *Deel II* te ontwikkelen criteria.

### 3 Wetenschap en zorgplichten

#### 3.1 *Zorgplichten in het algemeen*

De gedachte dat contractpartijen bij het sluiten van een overeenkomst niet alleen rekening moeten houden met eigen belangen, maar tevens met die van de wederpartij, heeft zich gaandeweg gemanifesteerd in diverse plichten, zoals informatie-, medewerkings-, onderzoeks- en waarschuwingsplichten. De toepassing van dergelijke plichten strekt zich uit tot tal van tweepartijenverhoudingen: van dwaling tot de aansprakelijkheid van dienstverleners, van de precontractuele fase tot de uitvoeringsfase en daarna

De toepassing van het zorgplichtbegrip strekt zich ook uit tot driepartijenverhoudingen. Dit werd – voor wat de uitvoeringsfase betreft – reeds in 1946 door de Hoge Raad erkend:

‘[...] dat wie zich eenmaal contractueel heeft gebonden [...] bij inachtneming van hetgeen in het verkeer betaamt, niet onder alle omstandigheden de belangen mag verwaarlozen, die derden bij de behoorlijke nakoming van zijn contract kunnen hebben’.<sup>34</sup>

Later volgden andere gevallen waarin partijen rekening dienden te houden met derden. Voorbeelden zijn onder meer de aansprakelijkheid van notarissen, accountants en advocaten<sup>35</sup>, de doorwerking van bedingen<sup>36</sup>, de blokkering van de paardensprong<sup>37</sup> en de

31 Vergelijk Van den Heuvel 2004, p. 68 en Van Eeghen 2005, p. 14.

32 Anders Van der Feltz I, p. 28: ‘[...] een ieder, ook hij die schulden heeft, volkomen bevoegd [is] naar goetdunken over zijn vermogen te beschikken en [...] derhalve moet de toestand waarin de schuldenaar zijn vermogen, krachtens dat beschikkingsrecht, heeft gebracht, door zijne schuldeisers bij executie op de meest volstreekte wijze geëerbiedigd worden [...]’.

33 Vergelijk Schoordijk 1995, p. 148.

34 HR 3 mei 1946, *NJ* 1946, 323 (*Staat/Degens*).

35 Voor nadere (rechtsvergelijkende) beschouwingen van zorgplichten van notarissen, accountants en advocaten zie Van den Akker 2001. Voor de zorgplicht van notarissen zie ook Boks 2002.

verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, waarover ik al kort kwam te spreken. Een meer recente ontwikkeling is dat het zorgplichtbegrip zich ook uitstrekt tot andere rechtsgebieden, zoals tot het procesrecht<sup>38</sup> en het insolventierecht<sup>39</sup>.

De brede toepassing van informatie-, medewerkings- en onderzoeksplichten maakt het mogelijk om bepaalde leerstukken te herschrijven in dergelijke verplichtingen. Het blijkt bijvoorbeeld dat iedere dienstverlener een algemene informatieplicht heeft met betrekking tot eigenschappen en risico's van de door hen te leveren prestaties.<sup>40</sup> Vranken gaat daarbij zo ver dat hij het mogelijk (en wenselijk) acht om het verbintenissenrecht te herschrijven in termen van informatie-, medewerkings- en onderzoeksplichten.<sup>41</sup>

Zorgplichten kenmerken zich doordat zij dwingen tot het respecteren van meer belangen dan alleen het eigen belang.<sup>42</sup> Omdat niet het eigen belang maatgevend is, maar partijen zich tevens door gerechtvaardigde belangen van anderen dienen te laten leiden, dwingen zorgplichten tot een open en actieve opstelling.<sup>43</sup>

De precieze invulling van zorgplichten – ook de mijne – berust uiteindelijk deels op een rechtspolitieke opvatting. Omdat ik me realiseer dat anderen op dit punt een andere rechtspolitieke opvatting hebben, tracht ik de invulling van het zorgplichtbegrip minder willekeurig te maken door te onderzoeken hoe, en aan te sluiten bij, de wijze waarop actieve opstelling elders in het vermogensrecht gestalte krijgt.

### 3.2 *Zorgplichten in tweepartijenverhoudingen*

De actieve opstelling van zorgplichten komt tot uitdrukking in veel voorbeelden van tweepartijenverhoudingen. Een klassiek voorbeeld is dwaling, waar een informatie-, mededelings- of waarschuwingsplicht rust op contractpartijen indien voor hen kenbaar is dat hun wederpartij de overeenkomst sluit onder een onjuiste voorstelling van zaken.<sup>44</sup> Een ander bekend voorbeeld is de aansprakelijkheid wegens gevaarzetting. Degene die een gevaarlijke situatie in het leven roept of in stand laat, dient voorzorgs- of veiligheidsmaatregelen te treffen om dat gevaar te voorkomen respectievelijk te redu-

36 Bijvoorbeeld HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 (*Gegaste Uien*); HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 (*Securitor*); HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 (*Citronas*); HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 553 (*ODS/CPS*). Voor afwijzingen op een beroep op doorwerking zie HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 40 (*OZV/ECT*) en HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279 (*Moffenkit*).

37 Art. 6:257 BW

38 Getuige onder meer Van den Reek 1997.

39 Van Dijk/Van den Heuvel 2004, p. 198-199, waarin wordt geconstateerd dat de Hoge Raad in goederen- en insolventierechtelijke gevallen steeds vaker het zorgplichtbegrip als beoordelingskader hanteert. Zie ook Snijders 2003b, met name op p. 273 en p. 277-281, waarin het zorgplichtbegrip wordt geduid als solidariteit.

40 Barendrecht/Van den Akker 1999, p. 197.

41 Vranken 2002, p. 44. De basis voor deze opvatting is gelegd in Vranken 1989, hoewel de schrijver toen nog niet aan codificatie dacht: '[...] de contouren zijn nog te weinig scherp en de consequenties zijn nog onvoldoende doordacht om het verschijnsel al geschikt te maken voor codificatie' (p. 201). Vergelijk het interimrapport en eindrapport voor de herziening van het procesrecht (Asser/Groen/Vranken 2003 en Asser/Groen/Vranken 2006, p. 48-51), waarin zorgplichten een prominente rol hebben gekregen.

42 Zo ook Vranken 1997, p. 716 en Du Perron 1999, p. 82.

43 Zo ook Asser/Groen/Vranken 2003, p. 42.

44 Art. 6:228 lid 1 sub b BW.



ceren.<sup>45</sup> Een actieve opstelling wordt voorts verwacht van werkgevers, op wie ingevolge artikel 7:658 BW de plicht rust er zorg voor te dragen dat werknemers op een verantwoorde wijze en op een veilige plaats werkzaamheden kunnen verrichten.<sup>46</sup> De werkgever is in beginsel aansprakelijk voor deze schade, tenzij hij aantoont dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan of dat de schade door opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer is ontstaan. Ook de Arbo-wet en bijbehorende besluiten en regelingen dwingen de werkgever tot een actieve opstelling ten aanzien van de belangen van zijn werknemers.

Een ander in het oog springend en recenter voorbeeld is dat van banken (effecten-instellingen). Daarvan wordt een actieve opstelling verwacht tegenover particuliere, beleggende cliënten. Zij dienen hun cliënten te waarschuwen, en soms zelfs in te grijpen, om deze op die manier te beschermen tegen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.<sup>47</sup> Banken dienen aldus te waken over beleggende cliënten, die irrationele beslissingen nemen die vaak worden veroorzaakt door zelfbedrog (*the gambler's fallacy*). Dit houdt in dat beleggende cliënten de mogelijkheden te hoog inschatten en de risico's te laag.<sup>48</sup> De verplichting van de bank krijgt vorm in allerlei (gedrags)regels, die bepalen dat hij in het belang van de cliënt moet handelen, risicoanalyses van product én cliënt dient te maken, alsmede erop heeft toe te zien dat de cliënt voortdurend aan zijn actuele verplichtingen kan voldoen.<sup>49</sup>

Tot slot wijs ik op de talloze (andere) informatie-, mededelings- en waarschuwingsplichten in het vermogensrecht, waar van bepaalde personen verwacht wordt dat zij 'iets moeten doen' om schade bij anderen te voorkomen, die de zwakkere partij zijn omdat zij bijvoorbeeld een informatieachterstand, een slechte onderhandelingspositie of zelf te weinig middelen hebben.

### 3.3 In driepartijenverhoudingen

Manifesteert de actieve opstelling zich ook in driepartijenverhoudingen? Ik spits mij toe op verhoudingen die verwant zijn aan de faillissementspauliana, te weten bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, aansprakelijkheid wegens selectieve betaling, de aansprakelijkheid wegens het wekken van de schijn van kredietwaardigheid, het profiteren van andermans wanprestatie en de aanbesteding. De vereisten voor deze gevaltypen zijn hiervóór al aan de orde gekomen. Ik veronderstel deze bekend en ga in deze paragraaf nader in op de vraag in hoeverre zij een actieve houding impliceren en waaruit deze bestaat.

<sup>45</sup> HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (*Kelderhuik*) m.nt. G.J. Scholten; HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (*Waterschap/RNV*); HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 (*Jetblast*). Vergelijk ook art. 6:101 BW omtrent eigen schuld.

<sup>46</sup> Voor voorbeelden waarin de actieve opstelling van werkgevers is getoetst zie onder meer HR 4 oktober 2002, *NJ* 2002, 557 (*Excellent/Suarez*); HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 80 (*Meuffels/Ca-La*); HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253 (*Vonk/vd Hoeven*); HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 271 (*Rust/BAM*); HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 144 (*Babayigit/NKF*).

<sup>47</sup> Bijvoorbeeld HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabobank*); HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 (*van der Klundert/Rabobank*); HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 (*Rabobank/Evenaars*).

<sup>48</sup> Van Boom 2003b, p. 560-561.

<sup>49</sup> Artt. 25-31 NR 2002.

*Bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur*

De artikelen 2:138 en 2:248 BW zijn in 1987<sup>50</sup> ingevoerd om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan, in het bijzonder om schuldeisers van een rechtspersoon te beschermen tegen bestuurders die zich onverantwoordelijk gedragen.<sup>51</sup> Het gaat hierbij om onverantwoordelijk besturen, dat niet alleen kan bestaan uit een (rechts)handeling, maar ook uit een *nalaten* of, in het geval van een feitelijk bestuurder, uit het hebben van *(mede)bepalende invloed*. Dit impliceert een actieve opstelling van de (feitelijk) bestuurder: hij moet iets doen om schade bij schuldeisers te voorkomen. Deze zorgplicht komt voorts tot uitdrukking in een bewijslastomkering die toepassing vindt in het geval van een gebrekkige boekhouding en tot gevolg heeft dat (i) onbehoorlijk bestuur vaststaat en (ii) wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

*Aansprakelijkheid wegens selectieve betalingen*

Het Coral/Stalt-arrest illustreert de actieve opstelling die van partijen wordt verlangd in gevallen waarin sprake is van aansprakelijkheid wegens selectieve betalingen.<sup>52</sup> Dochtervennootschap Forsythe (hierna: de dochter) draagt kort voordat zij haar activiteiten beëindigt een aandelenpakket over aan moedermaatschappij en 100%-aandeelhouder Stalt (hierna: de moeder), waarna de dochter met de opbrengst de resterende groeps- en handelsschuldeisers betaalt. Nadat de dochter haar activiteiten heeft beëindigd, wordt zij veroordeeld tot betaling van \$ 454.681,76 aan één van haar schuldeisers (Coral). Coral stelt vervolgens onder meer de moeder aansprakelijk omdat die niet de vrijheid zou hebben gehad om de groepscrediteuren met voorrang boven andere schuldeisers als Coral te laten voldoen.

De Hoge Raad acht de moeder aansprakelijk. De reden is dat de moeder zich intensief met de gang van zaken bij Forsythe had *bemoeid* en dat zij de selectieve betalingen op basis van subjectieve criteria in de hand had gewerkt of had *toegestaan* in de wetenschap dat Coral daardoor geen verhaal meer zou vinden bij dochter Forsythe. De Hoge Raad stelt dat de moeder verantwoordelijk was voor de schuldeisers van haar dochter en dat zij de selectieve betalingen (aan de groepscrediteuren) had moeten voorkomen. Dat zij die verantwoordelijkheid heeft, blijkt tevens uit de overweging waarin de Hoge Raad oordeelt dat, nu de moeder zich intensief met de gang van zaken bij de dochter had bemoeid, de kennis en verantwoordelijkheden van de moeder moeten worden gelijkgesteld aan die van haar dochter.

*Aansprakelijkheid wegens het wekken van de schijn van kredietwaardigheid*

Ook de Erba-, Osby- en SOBI/Hurks II-arresten illustreren de intensivering van de mate waarin men in driepartijenverhoudingen rekening met belangen van schuldeisers dient te houden. Deze gedachte vindt haar oorsprong in het Erba-arrest. Hierin zette een bank het krediet van een in financiële problemen verkerende kredietnemer voort in ruil voor zekerheid op (nagenoeg) alle activa, waardoor nieuwe leveranciers in het latere faillissement nauwelijks verhaal hadden op hun schuldenaar. De Hoge Raad oor-

50 Derde Misbruikwet, Stb. 1986, 275.

51 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 2 (MvT) jo. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 32-33 (MvA). Voorts HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454 (*Gillhuis q.q./H.*); Huizink 1989, p. 110; Van Schilfgarde 1986, p. 15-16; Dortmund 1986, p. 59-60.

52 HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (*Coral/Stalt*).

deelt kort gezegd dat de bank ervoor had moeten waken dat de nieuwe leveranciers zouden kunnen worden betaald door bijvoorbeeld zelf de leveranciers te betalen of ervoor te zorgen dat de schuldenaar voldoende middelen had om de betalingen te verrichten.<sup>53</sup>

In het Osby-arrest gaat het niet om een kredietverschaffende bank die onrechtmatig handelt, maar om een kredietverschaffende moedermaatschappij.<sup>54</sup> Deze moedermaatschappij (Osby-Zweden, hierna: de moeder) had krediet verstrekt aan een 100%-dochter, Osby-Nederland (hierna: de dochter), die op dat moment in financiële moeilijkheden verkeerde. De moeder bedong daarbij een zekerheidsstelling, waardoor deze vrijwel alle activa in – het toen nog toegestane – zekerheidseigendom had gekregen. Twee jaar later faillieert de dochter, waarna een leverancier de moeder aansprakelijk stelt. Deze had materialen aan de dochter geleverd en vond in faillissement praktisch geen verhaal voor de nog openstaande vorderingen. Onder deze omstandigheden

‘[...] kan er, indien de moedermaatschappij nalaat zich de belangen van de nieuwe schuldeisers aan te trekken, [...] sprake zijn van een onrechtmatige daad van haar [de moeder] jegens dezen [de schuldeisers van de dochter]. Met name zal dit zo zijn, indien de moeder een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter heeft, dat zij, gelet op de omvang van haar vordering en van de zekerheidsoverdracht en het verloop van zaken in het bedrijf van de dochter, ten tijde van gedragingen als voormeld wist of behoorde te voorzien dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal, en desalniettemin nalaat zorg te dragen dat die schuldeisers worden voldaan’.

Kortom, de moedermaatschappij die zich intensief met een dochter bemoeit of (mede)bepalende invloed heeft, dient ten behoeve van nieuwe schuldeisers in te grijpen indien de dochter insolvent raakt of dreigt te raken.

In SOBI/Hurks II<sup>55</sup> gaat de verantwoordelijkheid tegenover schuldeisers van de kredietnemer verder. Dan wordt niet alleen, zoals in het Erba-, Osby-arrest onrechtmatigheid tegenover *nieuwe* schuldeisers aangenomen, maar wordt de moeder verweten ook tegenover de reeds bestaande schuldeisers onrechtmatig te hebben gehandeld. De feiten liggen in dat arrest als volgt. Tussen Hurks Bouwgroep en HBA, een 100% dochter van Hurks Bouwgroep, bestaat een rekening-courantverhouding. De bank verleent krediet aan het hele concern en heeft daarbij een compte-jointovereenkomst bedongen, zodat zowel de Bouwgroep als HBA voor de schuld aansprakelijk kunnen worden gehouden. Later komt HBA in ernstige financiële problemen te verkeren, die op dat moment een deel van de schuld aan de bank aflost. Enkele maanden daarna faillieert HBA en spreken schuldeisers van HBA onder meer de Bouwgroep aan voor de onbetaalde vorderingen. De Bouwgroep had in hun ogen moeten voorkomen dat er vorderingen bij nieuwe schuldeisers van HBA zijn ontstaan waar HBA geen verhaal voor zou kunnen bieden.

Ook nu wordt de intensief bemoeiende moeder aansprakelijk geacht. Zo had

‘[...] de Bouwgroep zich [...] moeten laten informeren over de financiële situatie van HBA’  
(r.o. 5.3.3)

53 HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 (*Erba I*).

54 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (*Osby*).

55 HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96 (*Sobi/Hurks II*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

en had de moeder zich de kredietwaardigheid van de dochter aan moeten trekken en, op het moment waarop dat nodig was, maatregelen moeten nemen om (verdere) schade bij de schuldeisers te voorkomen.<sup>56</sup> Dit oordeel komt neer op het aannemen van een actieve opstelling van de moeder jegens de dochter en al haar schuldeisers – nieuw én oud – vanaf het moment dat de dochter er financieel slecht voorstaat.

#### *Profiteren van andermans wanprestatie*

Over het gevaltype van het profiteren van andermans wanprestatie ben ik kort. Ik besprak dit type al uitvoeriger in paragraaf 2.2. Hier is van belang te constateren dat in ieder geval bij een (rechts)handeling het profiteren van de wanprestatie van een ander onrechtmatig is. Ook het hebben van (medebepalende) invloed blijkt belangrijk, maar dit is moeilijk na te gaan. Het beïnvloeden resulteert er immers vaak in dat er een rechtshandeling wordt verricht tussen de schuldenaar – degene die wanpresteert – en de wederpartij die van de wanprestatie profiteert. Dat die invloed belangrijk, en misschien zelfs wel belangrijker is dan het verrichten van de rechtshandeling zelf, illustreer ik aan de hand van twee voorbeelden.

In *Streefland/van der Graaf*<sup>57</sup> krijgt H. Streefland een onroerend goed overgedragen van zijn bejaarde tante, terwijl hij haar vermogen beheert. Het Hof oordeelt dat H. Streefland hiermee onrechtmatig handelde. Hij had, door zo te handelen, de levering van het onroerend goed aan zijn schoonzuster gefrustreerd. De tante was reeds met zijn broer, A. Streefland, overeengekomen om het onroerend goed aan A.'s vrouw te leveren.

Het Hof neemt onrechtmatig handelen van H. Streefland jegens zijn broer A. Streefland aan op basis van (i) de onderlinge verwantschap van al de betrokkenen, (ii) de hoge leeftijd van de tante, (iii) het beheer dat haar neef H. Streefland voor deze voerde en (iv) het wonen van Van der Graaf – de rechtsopvolger van A. Streefland – met haar zoon in een noodwoning, door haar gebouwd op het onroerend goed. In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat het Hof terecht uit deze omstandigheden onzorgvuldig handelen heeft afgeleid.

In *Pos/van den Bosch*<sup>58</sup> speelt een vergelijkbaar geval. Pos aanvaardt een schenking (onroerend goed) van zijn 86-jarige tante. Van den Bosch heeft dan al echter een koopoptie op de grond, waar Pos van op de hoogte is. Het Hof oordeelt dat Pos onrechtmatig heeft gehandeld jegens van den Bosch omdat (i) hij bewust moet zijn geweest van het *aanmerkelijk nadeel* dat van den Bosch zou lijden en (ii) er een *bijzondere vertrouwenspositie* tussen Pos en zijn 86-jarige tante bestond, bestaande uit het kunnen uitoefenen van invloed. De Hoge Raad accordeert het oordeel.

Zoals gesteld is de invloed of betrokkenheid van de wederpartij van de schuldenaar relevant bij de beoordeling van de onrechtmatigheid. Ik acht het zelfs denkbaar dat ook het uitoefenen van invloed onrechtmatig is als de schuldenaar (mede) door die invloed wanpresteert tegenover een derde, waarbij degene die profiteert van de wanprestatie niet dezelfde persoon is als degene die de invloed uitoefent.

<sup>56</sup> Vergelijk r.o. 5.3.8.1–5.3.8.3. Voorts Van den Heuvel 2004, p. 147 en Van Veen 2002, p. 182.

<sup>57</sup> HR 3 januari 1964, NJ 1965, 16 (*Streefland/van der Graaf* m.nt. G.J. Scholten).

<sup>58</sup> HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (*Pos/van den Bosch*) m.nt. G.J. Scholten.

*Aanbestedingsprocedures*

De actieve opstelling bij aanbestedingen is vervlochten in de aanbestedingsprocedure. Door het naleven van de procedureregels houden aanbesteder en inschrijvers rekening met belangen van (andere) inschrijvers. De regels maken de procedure transparant en dwingen de aanbesteder (en daarmee de inschrijvers) om de inschrijvers een gelijke kans te geven om de opdracht gegund te krijgen.<sup>59</sup>

Het rekening houden met elkaars belangen begint op het moment dat die belangen van anderen in het geding komen, dat wil zeggen, als de inschrijvers daadwerkelijk meedingen naar gunning van de opdracht door een offerte in te dienen. Een inschrijver weet, met andere woorden, dat het meedoen aan een aanbestedingsprocedure impliceert dat er ook anderen zijn die meedingen. Dit brengt voor de inschrijver mee dat deze zich de belangen van andere inschrijvers aan dient te trekken.

### 3.4 Kenmerken van zorgplichten

De toepassing van zorgplichten, zowel in twee- als in driepartijenverhoudingen, en de daarmee gepaard gaande actieve opstelling die van personen wordt verlangd, heeft drie belangrijke gevolgen. Ten *eerste* brengt de actieve opstelling mee dat niet alleen bij een (rechts)handeling, maar ook bij (mede)bepalende invloed of een nalaten sprake kan zijn van ongeoorloofdheid.<sup>60</sup> Zo kan de bestuurder van een vennootschap die niet handelt waar ingrijpen gewenst is, aansprakelijk zijn voor nadeel dat bij schuldeisers ontstaat. Hetzelfde geldt voor een feitelijk beleidsbepaler die zich bemoeit met de gang van zaken binnen een vennootschap.

Ten *tweede* laten zorgplichten zien dat het rekening houden met belangen van anderen begint vanaf het moment dat er sprake is van informatieasymmetrie of (andere) voordeelposities. Het eerste is het geval als de ene persoon een informatievoorsprong heeft ten opzichte van de ander, terwijl een voordeelpositie ofwel inhoudt dat de ene persoon de ander kan of behoort te bewegen tot het verrichten van een bepaalde gedraging, ofwel dat een persoon een andere voordeelpositie bekleedt. Vooral bestuurders, moedermaatschappijen, aandeelhouders en soms banken vallen onder beide categorieën. Het is dan ook niet voor niets dat deze personen ook bij een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar aansprakelijk kunnen zijn. Ook verrast het niet dat de toepassing van zorgplichten zich in driepartijenverhoudingen voornamelijk beperkt tot personen die dicht bij het vuur zitten en daarom een informatievoorsprong of een (andere) voordeelpositie hebben.

Ten *derde* dwingen zorgplichten vaak tot het achteraf rechtvaardigen van gedragingen. Dit kan implicaties hebben voor de bewijslast, in die zin dat niet op de curator, maar op de door de curator aangesproken persoon de plicht rust zijn gedrag te rechtvaardigen. Een voorbeeld hiervan is de bestuurder die niet (tijdig) aan de jaarrekeningplicht heeft voldaan.

Tegen een actieve houding bij de faillissementspauliana pleit op het eerste gezicht de gedachte dat de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar een omstandigheid is

---

59 Zie HR 4 november 2005, NJ 2006, 204 (*Van der Stroom/De Staat*).

60 Het gevaltype van het profiteren van andermans wanprestatie wijkt hier in zoverre vanaf, dat bij een nalaten geen onrechtmatigheid wordt aangenomen. Dit lijkt mij verklaarbaar gegeven het feit dat van natuurlijke personen, in tegenstelling tot bij rechtspersonen, slechts in beperkte mate de belangen van schuldeisers van andere natuurlijke personen moeten aantrekken.

die moet worden meegenomen bij het opstellen van criteria die handelingen vóór een faillissement moet beoordelen:

‘[...] een ieder, ook hij die schulden heeft, [is] volkomen bevoegd naar goetdunken over zijn vermogen te beschikken en [...] derhalve [moet] de toestand waarin de schuldenaar zijn vermogen, krachtens dat beschikkingsrecht, heeft gebracht, door zijne schuldeisers bij executie op de meest volstrekte wijze geëerbiedigd worden [...]’.<sup>61</sup>

Kennelijk heeft ruim een eeuw geleden de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar een rol gespeeld bij de totstandkoming en speelt zij een rol bij de toepassing van de criteria.<sup>62</sup> Is dit nu nog terecht?

Ik stelde eerder, onder verwijzing naar andere gevaltypen binnen het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden, dat de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar slechts van belang is in de verhouding tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers, maar dat deze niets van doen heeft met de vraag naar de rechtvaardiging van een voorrangspositie in de verhouding wederpartij-schuldeisers.<sup>63</sup> Het argument dat de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar een beperking of belemmering zou vormen of zou moeten vormen om af te wijken van het zorgplichtbegrip dient om die reden dan ook te worden verworpen. Voor een vergaande zorgplicht pleit bovendien dat een gefailleerde schuldenaar geen of nauwelijks verhaal biedt voor zijn schulden.<sup>64</sup> Dit in tegenstelling tot de schuldenaar in het gevaltype van het profiteren van ander-mans wanprestatie, of de aanbesteder bij het schenden van aanbestedingsregels.

### 3.5 *Zorgplichten in relatie tot wetenschapscriteria bij de faillissementspauliana*

Aangenomen dat de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar niet in de weg staat aan een actieve opstelling van (weder)partijen, dient te worden nagegaan in hoeverre de wetenschapscriteria van de faillissementspauliana aansluiten bij die actieve opstelling. Ik constateer dat deze dit op vier punten niet doen.

Het *eerste* punt richt zich op het moment waarop rekening dient te worden gehouden met belangen van schuldeisers van de schuldenaar. De Hoge Raad heeft in het kader van artikel 42 Fw meerdere malen overwogen dat een kans op benadeling onvoldoende is en dat het moet gaan om een daadwerkelijke benadeling.<sup>65</sup> Hetzelfde lijkt te volgen uit het UPC-arrest.<sup>66</sup> Hierin overweegt de Hoge Raad

‘[...] dat het bij benadeling in de zin van art. 3:45 BW gaat om daadwerkelijke benadeling. Van onrechtmatig handelen kan te dezer zake slechts sprake zijn indien met een redelijke mate van

<sup>61</sup> Van der Feltz I, p. 433.

<sup>62</sup> Zie ook Polak/Pannevis 2005, p. 98; HR 22 mei 1931, *NJ* 1931, 1429 (*Bel/Bengers*); Rb. Utrecht 23 mei 2001, *JOR* 2001, 166. Vergelijk Schoordijk 1986, p. 154.

<sup>63</sup> Par 2.3.2 van dit hoofdstuk.

<sup>64</sup> Vergelijk Van den Heuvel 2004, p. 77; Du Perron 1999, p. 112; Mon. Nieuw BW B-57 (Cahen), nr. 2. Zie ook Luttikhuis 2004, p. 93-95, die op basis van CBS-statistieken komt tot gemiddelde ‘recovery rates’ van 2,73% voor concurrente schuldeisers en circa 9-10% voor preferente schuldeisers.

<sup>65</sup> HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 272 (*Bakker q.q./Katko*); HR 1 oktober 1993, *NJ* 1994, 257 (*Ontvanger/KMP*).

<sup>66</sup> HR 26 augustus 2003, *NJ* 2004, 549 (*UPC*).

waarschijnlijkheid was te voorzien dat de schuldeisers benadeeld zouden worden' (r.o. 3.5.2).

In mijn ogen dient er met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te worden voorzien dat bij de schuldenaar financiële problemen dreigen of er al zijn.

Mijn vanuit het zorgplichtbegrip beredeneerde kritiek op deze gangbare opvatting is dat de ongeoorloofdheid zich beperkt tot de periode waarin de schuldenaar in financiële problemen zit of door de gedraging raakt. De belangen van schuldeisers kunnen echter al eerder in het gedrang komen. Ze spelen ook in de fase daarvóór, omdat er ook dan wederpartijen zijn die een informatievoorsprong of een (andere) voordeelpositie hebben en daarvan gebruik kunnen maken.

Er zijn bijvoorbeeld personen die een dermate sterke onderhandelingspositie hebben dat ze vroegtijdig op een eventueel faillissement van de schuldenaar kunnen anticiperen. Zij verrichten handelingen met de schuldenaar die niet *in het zicht van*, maar *met het oog op* een faillissement plaatsvinden. Een voorbeeld is het eigendomsvoorbehoud, de zekerheidsstelling of de situatie als in artikel 20 van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV), waarin bank en kredietnemer op een 'veilig' moment afspreken dat de kredietnemer verplicht is (aanvullende) zekerheid te verschaffen. Aantasting in een later faillissement wordt door een dergelijke constructie bemoeilijkt, omdat daar dan een contractuele afspraak aan ten grondslag ligt die de handeling verplicht 'maakt'. Andere voorbeelden zijn vóór een faillissement gemaakte afspraken die gevolgen hebben voor de status en omvang van de schuld *in* een faillissement, zoals een (boete)beding dat alleen in faillissement toepassing vindt. Het aannemen van een zorgplicht louter in het zicht van een faillissement gaat in dergelijke gevallen aan het probleem van anticipatie voorbij.

In het geval dat de wederpartij op het faillissement van de schuldenaar anticipeert door een voorrangpositie in te nemen, ligt de focus niet zozeer op een vermogensvermindering ten gevolge waarvan de schuldenaar insolvent wordt of de insolventie wordt vergroot, maar op de benadeling die bestaat uit een wijziging van de in faillissement geldende rangorde. Dit betekent overigens niet dat iedere gedraging waarbij op het faillissement wordt geanticipeerd ongeoorloofd zou zijn. Om de ongeoorloofdheid te beoordelen moeten criteria worden ontwikkeld, waarover meer in *Deel II*. Het punt dat ik hier wil maken is dat deze criteria niet beperkt mogen blijven tot situaties waarin de schuldenaar op het moment van de gedraging insolvent is of dit door die gedraging wordt.

Het *tweede* kritiekpunt richt zich op de situatie die zich voordoet bij het criterium 'wetenschap van de faillissementsaanvraag' van artikel 47 Fw, dat een beperkt toepassingsbereik heeft. Dit is mede het gevolg van de argumenten die in de wetsgeschiedenis worden genoemd en waar de Hoge Raad strikt de hand aan houdt.<sup>67</sup> Zo valt in de wetsgeschiedenis te lezen dat van

---

<sup>67</sup> Zo is onvoldoende de wetenschap dat het faillissement van de schuldenaar onafwendbaar was en op korte termijn zou worden aangevraagd en is alleen relevant de faillissementsaanvraag die daadwerkelijk tot het faillissement leidt. Voor jurisprudentie zie HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (*Van Dooren q.q./ABN Amro I*); HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*). Ook lagere rechters hadden het criterium restrictief uitgelegd. Bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 18 februari 1999, JOR 1999, 92 en Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 1998, JOR 1998, 171. Er zijn echter uitspraken (Hof Amsterdam 11 juli 1991, NJ 1992, 243 en Hof Amsterdam 3 februari 1994, NJ 1994, 695) waarin het 'wetenschaps criterium' van art. 47

‘[d]e schuldeiser, die niet bloot een faillissement ducht, maar de zekerheid heeft verkregen dat daartoe aanvraag is gedaan, mag gezegd worden in strijd te handelen met de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeischers in acht te nemen, wanneer hij onder die omstandigheden nog betaling van zijn schuldenaar vraagt en aanneemt, en zich op die wijze aan den concursus onttrekt’

en dat een schuldenaar zijn verplichtingen moet nakomen, dat een schuldeiser recht heeft op nakoming van zijn vordering en dat de vernietiging van verplichte handelingen in strijd is met een soepel lopend betalings- en kredietverkeer.<sup>68</sup>

Overtuigend zijn deze argumenten niet. Zo zie ik niet in dat de schuldeiser (A) die weet van de faillissementsaanvraag van de schuldenaar wél een verwijt kan worden gemaakt en de schuldeiser (B) die weet dat het faillissement aangevraagd *gaat* worden niet.<sup>69</sup> Ook verklaart de wetsgeschiedenis niet waarom schuldeiser A zich aan de concursus onttrekt en schuldeiser B niet. Hetzelfde geldt voor de vraag waarom de handeling van schuldeiser A ‘in strijd met de behoeften van een goed lopend betalings- en kredietverkeer’ is en de handeling van schuldeiser B niet. Onduidelijk is voorts waarom er bij schuldeiser B geen ‘redelijke grond is om de ontvanger van de betaling te noodzaken tot teruggave van datgene waarop hij krachtens zijn vorderingsrecht aanspraak had’ en die grond er bij schuldeiser A wél is.

Behalve dat de argumenten niet overtuigen, sluit het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw niet aan bij de opkomst van zorgplichten. Schuldeisers kunnen al eerder, namelijk vanaf het moment dat de schuldenaar in financiële problemen komt te verkeren, hun informatievoorsprong of (andere) voordeelspositie aanwenden. Hierdoor hebben bepaalde schuldeisers een structurele voordeelspositie ten opzichte van andere schuldeisers, bijvoorbeeld omdat ze (mede)bepalende invloed hebben of eenvoudigweg vanwege hun maatschappelijke positie. Zij hebben, veel meer dan andere schuldeisers, de mogelijkheid om op een faillissement te anticiperen. Hierdoor heeft niet iedere schuldeiser een gelijke kans om zijn vordering betaald te krijgen.

Hier wordt de parallel met de regulering van aanbestedingsprocedures zichtbaar, waar ook het beginsel van het bieden van gelijke kansen en het tegengaan van informatieasymmetrie aan ten grondslag ligt.<sup>70</sup> De twee gevaltypen verschillen in wezen niet: in beide gevallen bestaat er een samenloop, alleen azen schuldeisers op betaling van openstaande vorderingen en verlangen inschrijvers gunning van de opdracht.

Fw *wel* extensief werd geïnterpreteerd. Het Hof oordeelde in deze zaken dat met ‘wetenschap van de faillissementsaanvraag’ op één lijn moet worden gesteld de situatie dat kort voor de betaling aan de schuldeiser door de later gefailleerde werd meegedeeld dat de schuldenaar zijn faillissement zou aanvragen en die aanvraag op de dag van betaling ook werkelijk werd ingediend. Dit geval is (helaas) niet aan de Hoge Raad voorgelegd. Later verschenen jurisprudentie geeft geen blijk van een extensieve uitleg. Om die reden moet naar mijn mening niet al te veel waarde aan dit arrest worden gehecht.

68 Van der Feltz I, p. 449.

69 Een soortgelijke situatie was aan de orde in HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat het verplicht vestigen van een pandrecht niet vernietigd kon worden op de grond dat de pandgever en pandhouder ten tijde van het vestigen van het pandrecht wisten dat het faillissement van de pandgever onontkoombaar was.

70 Voor rechtspraak zie HR 4 november 2005, NJ 2006, 204 (*Van der Stroom/De Staat*); HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (*RZG/ConFormed*) m.nt. M.A.M.C. van den Berg; Hof Arnhem 3 februari 1998, NJ 1998, 564; Hof Amsterdam 5 maart 1998, BR 1998, 610; Pres. Rb. Amsterdam 23 maart 2000, BR 2003, 914; Pres. Rb. Haarlem 26 juli 1994, BR 1995, 260 (bekrachtigd door Hof Arnhem 3 februari 1998); RvA 19 maart 1997, BR 2000, 434; RvA 21 februari 1996, BR 1997, 168. Vergelijk GEA 21 februari 1995, BR 1995, 333. Voorts Van Boom 1999, p. 646; Nijholt 1996, p. 93; Van den Berg 1991, pp. 5 en 9-10.



Dat de aanbestedingsprocedure zou zien op een precontractuele verhouding en dat een faillissementspauliana betrekking heeft op de uitvoeringsfase, doet aan de gelijkenis niets af. In alle gevallen is er een concursus en een gelijkenis in rechtsbetrekking tussen de inschrijvers danwel schuldeisers ten opzichte van de aanbesteder respectievelijk de schuldenaar. Om diezelfde reden is voor de vergelijking evenmin relevant de omstandigheid dat de aanbestedingsprocedure is gereguleerd door wettelijke regels, terwijl deze regulering ontbreekt bij het innen van een vordering.

Aan het beginsel, dat de aanbesteder verplicht is om iedere inschrijver een gelijke kans te geven bij het gunnen van een werk, wordt invulling gegeven door de aanbesteder te verplichten om de geschiktheidseisen en gunningscriteria in het bestek te vermelden.<sup>71</sup> De procedure wordt daarmee transparant en de gegadigden staan zo 'gelijk aan de streep'.<sup>72</sup> Hier wordt ook streng de hand aan gehouden:

'Het waarborgen van gelijke kansen voor de verschillende aanbieders omvat immers ook het aan hen verschaffen van gegevens die zij nodig hebben om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen controleren en een deugdelijke (concurrerende) aanbidding te kunnen doen' (r.o. 3.5.2).<sup>73</sup>

Het beginsel van gelijke kansen dient overigens niet te worden verward met ongelijkheidscompensatie, dat wil zeggen het gelijk doen zijn van partijen. De ene partij is de andere niet. Ze verschillen in kapitaal- en menskracht, specialisaties etc. Ongelijkheidscompensatie in het aanbestedingsrecht zou bijvoorbeeld kunnen leiden tot positieve discriminatie van nieuwkomers op de markt ten opzichte van reeds bestaande en erkende aannemers. Dit zou de nieuwkomers de kans geven dat aan hen een opdracht wordt gegund ten koste van goedkopere en betere inschrijvers die zich reeds op de markt hebben gevestigd.

Net als bij de aanbestedingsprocedure zou de faillissementspauliana, gezien vanuit de opkomst van zorgplichten, informatievoorsprongen en (andere) voordeelposities tegen moeten gaan. Het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw is daarvoor te beperkt. Informatievoorsprongen en (andere) voordeelposities worden niet pas relevant wanneer het faillissement van de schuldenaar is aangevraagd, maar vanaf het moment dat de schuldenaar met zijn bezittingen zijn schulden niet meer kan betalen danwel (anderszins) in financiële problemen raakt of verkeert.

Het ligt voor de hand om bepaalde<sup>74</sup> typen schuldeisers met een voordeelpositie eerder rekening te laten houden met belangen van andere schuldeisers. Op de vraag of er dan nog wel een onderscheid bestaat tussen het aantasten van verplichte handelingen met onverplichte handelingen – ik concludeerde in hoofdstuk 1 dat er onderscheid tussen moet bestaan – kom ik terug bij het ontwikkelen van nieuwe criteria in *Deel II*.

Een *derde* punt waarop de bestaande wetenschaps criteria niet aansluiten bij de opkomst van zorgplichten, is dat wederpartijen niet of nauwelijks worden gedwongen hun gedraging achteraf (in faillissement) te verantwoorden. Indien de bewijsvermogens van artikel 43 Fw en artikel 45 Fw niet van toepassing zijn, rust de bewijslast van

---

71 Art. 24 UAR.

72 Van den Berg e.a. 2004, p. 332.

73 HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (*RZG/ConFonned*) m.nt. M.A.M.C. van den Berg. Zie ook HR 4 november 2005, NJ 2006, 204 (*Van der Stroom/De Staat*);

74 Wie dit precies zijn volgt in *Deel II*.

alle elementen op de curator. Dit is in de praktijk problematisch, omdat de curator vaak onvoldoende financiële middelen heeft om onderzoek te doen naar eventuele wetenschap of overleg.<sup>75</sup>

Het *vierde* bezwaar is, tot slot, dat de faillissementspauliana zich beperkt tot (rechts)-handelingen tussen de schuldenaar en zijn wederpartij. Hiermee bedoel ik dat wél (rechts)handelingen kunnen worden aangetast, maar niet een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar. Zo kan onder de bestaande faillissementspauliana wél een schenking of een betaling worden aangetast, maar kan niet het nadeel worden opgeheven dat ontstaat als gevolg van gedrag van een bestuurder die niet handelt terwijl die dit wel had moeten doen.

Dat er kennelijk een behoefte bestaat om ook gedragingen te beoordelen waarin de wederpartij (bijvoorbeeld een bestuurder) iets nalaat of de schuldenaar beweegt tot het verrichten van bepaalde benadelende handelingen, blijkt wel uit de opkomst van eerder besproken gevaltypen als bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling en de aansprakelijkheid wegens het wekken van de schijn van kredietwaardigheid.<sup>76</sup> De opkomst van deze gevaltypen laat zien dat personen met (mede)bepalende invloed, zoals bestuurders, moedervennootschappen en banken, een actieve houding dienen aan te nemen wanneer het gaat om het beïnvloeden of dwingen van de schuldenaar om bepaalde, voor schuldeisers nadelige handelingen te verrichten. Kennelijk schiet de faillissementspauliana op dit punt tekort.

Ik onderken dat het laatste kritiekpunt meer theoretisch van aard is. De tekortkomingen van de faillissementspauliana worden immers ondervangen door allerlei andere gevaltypen te bedenken. Toch is deze versplintering ook een tekortkoming van de bestaande faillissementspauliana. Waarom zou men verschillende gevaltypen met ieder hun eigen criteria willen bedenken die in de kern hetzelfde gedrag tegen willen gaan? Het samenvoegen van verschillende gevaltypen leidt tot meer coherentie binnen het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden, terwijl coherentie (ordening) bijdraagt aan een belangrijk doel van recht: het door middel van regels reduceren en ordenen van de werkelijkheid.<sup>77</sup>

#### 4 Wetenschap, gezichtspuntencatalogi en de objectivering van normen

Om te beoordelen in hoeverre de wetenschapscriteria van de faillissementspauliana aansluiten bij de opkomst van gezichtspuntencatalogi, moet in mijn ogen een onderscheid worden gemaakt tussen subjectieve en geobjectiveerde wetenschap. In het eerste geval hebben gezichtspunten geen toegevoegde waarde. Het gaat bij subjectieve wetenschap immers (vooral) om (getuigen)verklaringen of notities waaruit kan worden afgeleid of iemand ten tijde van het verrichten van de benadelende handeling daadwerkelijk wist van de benadeling respectievelijk de faillissementsaanvraag.

Bij geobjectiveerde wetenschap hebben gezichtspunten wél waarde. Sterker nog, zij zijn noodzakelijk. Een behoren te weten zegt op zichzelf weinig en heeft concre-

<sup>75</sup> Zie de Inleiding bij Deel I.

<sup>76</sup> Zie hiervoor paragraaf 3.3.

<sup>77</sup> Van Zaltbommel 1993, p. 4-5.

tisering. Deze concretisering krijgt vorm in de artikelen 43<sup>78</sup> en 45 Fw, waarin indicaties staan aan de hand waarvan wetenschap van benadeling van artikel 42 Fw wordt vermoed tot één jaar vóór het faillissement. De kenbaarheid gaat hierdoor als het ware op in deze gezichtspunten.

Met name de hoedanigheid van partijen en de omvang van het nadeel zijn thans de belangrijke indicaties om te bepalen of schuldenaar en/of wederpartij (geobjectiveerde) wetenschap had(den). Zo zijn er bewijsvermoedens voor schenkingen, voor overeenkomsten waarbij de waarde van de ene verbintenis de andere aanmerkelijk overtreft en voor benadelende handelingen met bijvoorbeeld echtgenoten of tussen vennootschappen en bestuurders. Deze vermoedens zijn echter beperkt tot één jaar vóór het faillissement en tot de gevallen als genoemd in artikel 43 Fw. Ze gelden bijvoorbeeld niet voor een verkoop met daaropvolgende verrekening en een schuldvernieuwing. Dit zou niet erg zijn als ook buiten die gevallen een behoren te weten voldoende zou zijn voor het aannemen van wetenschap. Maar is dat het geval?

Het wetenschaps criterium van artikel 42 Fw lijkt geobjectiveerd te zijn. De schuldenaar dient in financiële problemen te verkeren of te geraken om wetenschap aan te kunnen nemen. Deze toestand kan naar objectieve maatstaven worden vastgesteld. Bovendien zijn de oorspronkelijke criteria uitdrukkelijk geobjectiveerd. Zo vereiste artikel 42 Fw oorspronkelijk 'wetenschap' en gold voor het geslaagd aantasten van een schenking – het oude artikel 44 Fw – dat de schuldenaar op het ogenblik van de schenking 'wist' dat hij zijn schuldeisers door die schenking zou benadelen.

Deze subjectieve criteria werden later geobjectiveerd. Zo vergeleek de rechtbank Alkmaar<sup>79</sup> in 1927 de schuldenaar met 'een normaal mens', oordeelde de rechtbank Almelo<sup>80</sup> een jaar later dat onder 'weten' uit de oorspronkelijke artikelen 42 en 44 Fw tevens moest worden verstaan het 'redelijkerwijs moeten weten', en stelde het Hof 's-Gravenhage<sup>81</sup> in 1939 dat 'wetenschap' in de zin van artikel 1377 BW (oud) inhield 'datgene wat de schuldenaar *klaarblijkelijk* [curs. GvD] heeft moeten begrijpen'. Dit alles had tot gevolg dat ook de subjectieve wetenschaps criteria van de artikelen 42-45 Fw werden geobjectiveerd, welke objectivering in 1992 is gecodificeerd.<sup>82</sup> Thans is dan ook vereist dat schuldeiser (en de schuldenaar) wist(en) of *behoord(en)* te weten dat door de handeling schuldeisers van de schuldenaar zouden worden benadeeld. Het lijkt er dan op dat het wetenschaps criterium op dit punt aansluit bij de objectivering van normen.

Toch kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de gedachte dat het wetenschaps criterium van artikel 42 Fw buiten de bewijsvermoedens is geobjectiveerd. Weliswaar wordt wetenschap, zo valt uit rechtspraak af te leiden, wel eens geobjectiveerd, maar de uitspraken geven geen gezichtspunten die concreet invulling geven aan een geobjectiveerd wetenschaps criterium.<sup>83</sup> Wetenschap wordt meestal geobjectiveerd als het hebben van wetenschap erg voor de hand ligt. Een voorbeeld is een overname-kandidaat

78 Art. 43 lid 1 sub 3-6 Fw.

79 Rb. Alkmaar 16 juni 1927, *NJ* 1928, 133.

80 Rb. Almelo 15 februari 1928, *NJ* 1928, 815.

81 Hof 's-Gravenhage 19 juni 1939, *NJ* 1939, 815.

82 *Stb.* 1986, 295 en Kortmann/Faber 1995, p. 124 e.v.

83 Rb. Arnhem 30 juli 1998, *V-N* 1998, p. 3820 e.v.; Hof Amsterdam 19 december 1996, *Insolad Nieuwsbrief* 1997, p. 37; Rb. Arnhem 26 oktober 1995, *Insolad Nieuwsbrief* 1996, p. 7; Pres. Rb. Rotterdam 14 maart 1995, *V-N* 1995, p. 1184.

die de fiscale problemen had moeten opvallen omdat deze, om de prijs van de onderneming te hebben kunnen bepalen, de boekhoudkundige gegevens moet hebben bekeken; dat dit in ieder geval mag worden verwacht van een (startend) ondernemer.<sup>84</sup> Ook bestudering van de literatuur levert geen gezichtspunten die concreet invulling geven aan een geobjectiveerd wetenschaps criterium.

Daarbij komt dat het bestaande wetenschaps criterium een belangrijke beperking heeft. Die is dat uitsluitend de kenbaarheid relevant is om de ongeoorloofdheid te bepalen. Het is de vraag of dit terecht is. Een kenmerk van gezichtspunten is dat zij niet alleen geobjectiveerde wetenschap concretiseren, maar deze ook relativeren. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het gevaltype van het profiteren van andermans wanprestatie, waar wetenschap op zichzelf onvoldoende is voor onrechtmatig handelen en waar juist bijkomende omstandigheden het profiteren van de wanprestatie van een ander ongeoorloofd maken, terwijl deze tevens de ongeoorloofdheid van een handeling kunnen wegnemen.

De onmogelijkheid om onder de bestaande faillissementspauliana het a prima vista ongeoorloofde karakter van een handeling te rechtvaardigen aan de hand van objectieve gezichtspunten roept vragen op die op zichzelf niet wezenlijk of fundamenteel zijn, maar die wél verband houden met de omstandigheid dat bij de faillissementspauliana uitsluitend wetenschap relevant is. Zo kan zowel de schuldenaar als zijn wederpartij wetenschap van benadeling hebben en tegelijkertijd een zekere noodzaak bestaan om de benadelende handeling te verrichten. Ik heb hierbij situaties op het oog waarin het aannemelijk is dat de schuldenaar op termijn inkomsten verwacht maar op korte termijn liquide middelen nodig heeft om zijn schuldeisers af te houden en daarmee een faillissement af te wenden. Andere voorbeelden zijn die waarin het nadeel beperkt is of die waarin het gaat om maatschappelijk aanvaarde transacties, zoals cadeaus of transacties waarbij de consument goederen koopt in een winkel die een opheffingsuitverkoop houdt en die kort daarna faillieert.

Ieder van deze transacties kan met de bestaande faillissementspauliana worden aangetast, terwijl ze in mijn ogen legitiem zijn. Beslissend voor de (on)geoorloofdheid lijkt in deze voorbeelden niet zozeer de al dan niet bestaande wetenschap van benadeling, maar veel meer bijkomende of andere omstandigheden als de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de gift en de omvang van het nadeel. Het zijn in mijn ogen deze omstandigheden die het a prima vista ongeoorloofde karakter aan de handeling ontnemen, terwijl de huidige faillissementspauliana überhaupt niet de mogelijkheid biedt om dergelijke omstandigheden bij de beoordeling van de (on)geoorloofdheid te betrekken.

Nu blijkt dat (geobjectiveerde) wetenschap thans onvoldoende opgaat in specifiekere gezichtspunten, en er gezichtspunten zijn die wetenschap van benadeling of van de faillissementsaanvraag kunnen rechtvaardigen, rijst de vraag of wetenschap nog wel expliciet als criterium moet worden genoemd. Kan bijvoorbeeld een gezichtspunten-catalogus worden bedacht waar (geobjectiveerde) wetenschap in opgaat? Daarover meer in *Deel II*. Op dit punt volstaat de conclusie dat het bestaande wetenschaps criterium van artikel 42 Fw ogenschijnlijk in beperkte mate is geobjectiveerd.

84 Pres. Rb. Rotterdam 14 maart 1995, *I/N* 1995, p. 1184.

## 5 Wetenschapscriteria in de literatuur

Steun voor de opvatting dat het onbegrijpelijk is dat schuldeisers niet méér rekening dienen te houden met belangen van medeschuldeisers tref ik aan bij de voorstellen die zijn gedaan om artikel 47 Fw op te rekken door het te vervangen door het goedetrouwscriterium van artikel 54 Fw.<sup>85</sup>

Voorts is in de literatuur voor een meer elastische benadering van de Pauliana bepleit. Dit voorstel komt erop neer dat rekening dient te worden gehouden met een aantal gezichtspunten, zoals het (onverbrekelijk) verband tussen rechtshandelingen, de inhoud en strekking van de transactie, de gevolgen ervan, de ernst van de benadeling en de omvang van de tegenprestatie.<sup>86</sup> Deze wijze van beoordelen komt neer op het relativeren van het wetenschapsvereiste en op het concretiseren van een geobjectiveerd wetenschapscriterium. Of een wederpartij wetenschap heeft, wordt immers afhankelijk van andere gezichtspunten. Dit maakt de beoordeling vergelijkbaar met de wijze waarop dat gebeurt bij lijsten van gezichtspunten. Het voorstel van de elastische benadering valt dan ook samen met het (theoretische) bezwaar dat de (wetenschapscriteria van de) bestaande faillissementspauliana onvoldoende zijn geobjectiveerd en onvoldoende aansluiten bij de opkomst van gezichtspuntencatalogi. In de literatuur wordt echter niet aangegeven welke gezichtspunten invulling geven aan een geobjectiveerd wetenschapsvereiste of hoe deze in onderling verband dienen te worden gezien.

Tot slot is in de literatuur opgemerkt dat de eis van wetenschap aan de zijde van de schuldenaar overbodig is en zou moeten worden geschrapt.<sup>87</sup> Andere kritiek, bijvoorbeeld op het wetenschapscriterium van artikel 42 Fw, ben ik in de literatuur niet tegengekomen.

## 6 Wetenschapscriteria in de praktijk

### 6.1 *Wetenschap van benadeling*

Volgens de deelnemers aan de focusgroepen vormt het wetenschapscriterium de kern van artikel 42 Fw, met name wetenschap aan de zijde van de wederpartij. Het beeld is dat het aantonen van wetenschap aan de zijde van de schuldenaar in de praktijk relatief weinig problemen geeft. Volgens sommige (ervaren) curatoren komt deze wetenschap in gesprekken met de gefailleerde nogal eens naar boven. Vaak zijn er ook aanmaningen van schuldeisers voorhanden. Dergelijke gegevens zijn volgens de deelnemers aan de focusgroepen voldoende om wetenschap aan de zijde van schuldenaar aan te tonen. Andere (relatief onervaren) curatoren stuiten op schuldenaren, met name bestuurders, die aanvoelen dat een vraag naar de wetenschap in hun nadeel kan werken. Overigens geldt in het algemeen dat als de aan te tasten handeling is verricht ver vóór het faillissement van de schuldenaar, problemen kunnen ontstaan bij het aantonen van wetenschap

85 Voor de voorstellen en de kritiek erop Vriesendorp 1996a; Kortmann/Faber 1996, p. 126; Winter 1998a; Vriesendorp 1999c; van Koppen 2000; Huizink 2001; Van Koppen 2001; Kortmann e.a. 2001, p. 901 en de aldaar in noot 18 genoemde verwijzingen.

86 Polak-Wessels 2003 (III), par. 3056; De Weijers 2006, p. 87-88. Zo ook Winter 1998a, p. 70.

87 Polak-Wessels 2003 (III), par. 3106; Schoordijk 1995, p. 148; Van Galen 2000, p. 130.

aan de zijde van de schuldenaar. Hetzelfde geldt voor wetenschap aan de zijde van de wederpartij.

In de regel voert een wederpartij een wetenschapsverweer voor zichzelf. In de focusgroepen werd echter opgemerkt dat het wel eens voorkomt dat de gedaagde stelt dat de *schuldenaar* geen wetenschap had. Het algemene beeld was dat dit tot problemen kan leiden voor een curator, zeker omdat de schuldenaar het geregeld met de wederpartij eens wil zijn. In één groep ontstond een discussie over de vraag wat de curator dan moet bewijzen en hoe ver de wederpartij moet gaan in het betwisten van de wetenschap. Ook werd het merkwaardig gevonden dat de wederpartij wetenschap van een ander kan betwisten.

In de verschillende focusgroepen is nagegaan wat de deelnemers onder wetenschap van benadeling verstaan. De indruk is dat er een zekere dreiging dient te bestaan van faillissement of financiële problemen. Wetenschap van zo'n toestand is vooral eenvoudig aan te tonen als een bewijsvermoeden van toepassing is. Uit de enquête volgt dat het dan voor 66% (heel) eenvoudig is om wetenschap van benadeling aan te tonen (Tabel 17). In één focusgroep werd hierbij opgemerkt dat een bewijsvermoeden niet het einde van de discussie is, maar slechts het begin. Indien een bewijsvermoeden *niet* van toepassing is, is het volgens de respondenten substantieel moeilijker om wetenschap van benadeling aan te tonen. Dan vindt 75% het (heel) moeilijk om wetenschap van benadeling aan te tonen, tegen slechts 4% die dit (heel) eenvoudig vindt (Tabel 17).

**In hoeverre is het moeilijk danwel eenvoudig om wetenschap van benadeling (art. 42 Fw) aan te tonen?**

	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Indien een bewijsvermoeden (art. 43 Fw) van toepassing is?	7,1	66,2
Indien een bewijsvermoeden (art. 43 Fw) NIET van toepassing is?	74,5	4,2

Tabel 17

De verschillen suggereren dat er in de praktijk problemen ontstaan bij het aantonen van wetenschap als geen actieve houding wordt verlangd van een wederpartij en/of niet wordt aangesloten bij de objectivering van normen.

Deze aanname is getoetst in de focusgroepen. Daarin kwam naar voren dat wetenschap nog wel eens kan worden aangetoond als er sprake is van handelingen die afwijken van wat gebruikelijk is. Het doorvragen naar situaties waarin wetenschap is geobjectiveerd, leverde voorbeelden op waarin 'alles ineens vooruit wordt betaald', waarin een huis ver beneden de werkelijk waarde wordt verkocht, of een geval als Kin/Emmerig<sup>88</sup>, waarin de vordering anders wordt voldaan dan in geld en de transactie zo ongebruikelijk is dat het evident is dat de wederpartij wetenschap van benadeling had. Andere vormen van objectiveringen werden in de focusgroepen niet vastgesteld. Buiten evidente gevallen als deze blijkt men – ook als een bewijsvermoeden van toepassing is – wetenschap vooral aan te tonen aan de hand van (e-mail)correspondentie, verklaringen van getuigen, notities e.d. Ook op andere manieren stuit men op bruik-

88 HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (*Kin/Emmerig q.q.*), alsmede hoofdstuk 2, paragraaf 4.2.

bare informatie. Veel deelnemers aan de groepen houden direct na het uitspreken van het faillissement gesprekken met gefailleerden, werknemers en accountants. Dergelijke informatie leidt wel eens tot het kunnen aantonen van wetenschap, zeker van die aan de zijde van de schuldenaar.

Buiten de bewijsvermoedens blijkt het aantonen van wetenschap als gezegd moeilijk. Dit is problematisch, zo werd in één focusgroep opgemerkt, als de schuldenaar tot kort vóór het faillissement de onderneming nog denkt te kunnen redden. Het aantonen van wetenschap is bijvoorbeeld ook lastig bij zogenaamde kasrondjes, waarbij A aan B verkoopt en B vervolgens doorverkoopt aan zijn werkmaatschappij voor een veel te hoge prijs. Deze maatschappij gaat hierdoor uiteindelijk over de kop, waarna ‘alles terugkomt bij de moeder’.

Uit de focusgroepen blijkt ook dat het aantasten van constructies met ‘afgeslankte ondernemingen’ problematisch is. Een voorbeeld is de moedermaatschappij die de schulden in de dochter stopt en de dochter vervolgens failliet zou laten gaan, waarna de moeder met zogenaamd goede wil alles terugkoopt en weer een nieuwe dochter start. Dergelijke praktijken zouden te meer klemmen omdat schuldeisers zich er vaak niet van bewust zijn dat ze zakendoen met een afgeslankte onderneming.

Ook wordt in één focusgroep de opkomst van stichtingen genoemd, die zouden worden gebruikt als tussenstation om ‘fraude’ mogelijk te maken. In dit kader wordt opgemerkt dat de flexibilisering van het vennootschapsrecht (bijvoorbeeld minder kapitaalbescherming) dergelijke constructies in de hand werkt. Volgens een aantal deelnemers aan diezelfde groep zou vennootschaps- en faillissementsrecht beter op elkaar moeten worden afgestemd. Deze kritiek kwam niet in andere focusgroepen aan de orde. Ook een aantal deelnemers aan de steekproef zag geen opkomst van vennootschappelijke constructies of stichtingen om paulianeuze handelingen mogelijk te maken. Nader onderzoek op dit punt is daarom noodzakelijk.

Wat wél ook in andere focusgroepen aan de orde kwam, was dat grootaandeelhouders, accountants, banken en grote dwangcrediteuren beter en vaker zouden moeten kunnen worden gecontroleerd. Van deze groepen personen kan een aantal, vooral banken, een onderneming maken of breken. Dergelijke personen weten beter dan de ‘gewone’ schuldeiser hoe de vork in de steel zit, terwijl zij in beperkte mate verantwoording over hun gedrag hoeven af te leggen.

Net als bij benadeling van schuldeisers ontstaan er, in vergelijking met andere criteria, veel geschillen over het criterium wetenschap van benadeling: 68% geeft aan (heel) vaak te maken te hebben gehad met geschillen over dit criterium, terwijl slechts 8% (heel) weinig geschillen hierover meemaakt (Tabel 18). Deze percentages verschillen niet wezenlijk van die van advocaten van wederpartijen (Tabel 18).

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze betrekking op wetenschap van benadeling?**

	Nooit / (Heel) weinig	(Heel) vaak
Curatoren	8,3	67,5
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	5,6	66,3

Tabel 18

Ook is wetenschap van benadeling getoetst op haar duidelijkheid. Voor de meeste curatoren, adviseurs en advocaten is het duidelijk wat onder wetenschap van benadeling moet worden verstaan. Circa 50% vindt het criterium (heel) duidelijk, tegen een krappe 20% dat het (heel) onduidelijk vindt (Tabel 19).

**In hoeverre is duidelijk wat onder wetenschap van benadeling dient te worden verstaan?**

	(Heel) onduidelijk	(Heel) duidelijk
Curatoren	19,0	58,6
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	17,6	48,2

Tabel 19

## 6.2 Wetenschap van de faillissementsaanvraag

Over het criterium wetenschap van de faillissementsaanvraag blijken nauwelijks onduidelijkheden te bestaan. Voor 77% van de curatoren is het (heel) duidelijk wat het criterium inhoudt, tegen slechts 10% dat het (heel) onduidelijk vindt (Tabel 20). Adviseurs en advocaten van wederpartijen geven vergelijkbare antwoorden (Tabel 20).

**In hoeverre is duidelijk wat onder wetenschap van de faillissementsaanvraag dient te worden verstaan?**

	(Heel) onduidelijk	(Heel) duidelijk
Curatoren	10,1	76,9
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	7,1	75,5

Tabel 20

Deze uitkomsten verrassen niet, nu het criterium weinig interpretatieruimte laat. Hoogstens zou onduidelijk kunnen zijn of ook volstaat het weten dat het faillissement aangevraagd gaat worden danwel wetenschap van een andere faillissementsaanvraag dan die tot het faillissement heeft geleid.<sup>89</sup> Dit kan verklaren waarom een klein percentage het criterium onduidelijk vindt.

<sup>89</sup> Zie Rb. Roermond 20 juni 1991, *NJ* 1992, 242 en Hof Amsterdam 11 juli 1991, *NJ* 1992, 243.



Ook voor dit wetenschaps criterium geldt dat het voor curatoren moeilijk is om wetenschap aan te tonen: 39% vindt dit (heel) moeilijk, tegen 31% (heel) eenvoudig (Tabel 21).

**In hoeverre is het moeilijk danwel eenvoudig om wetenschap van de faillissementsaanvraag (art. 47 Fw) aan te tonen?**

	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Curatoren	38,5	31,4

Tabel 21

Het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw blijkt succesvol in marginale gevallen, aldus de deelnemers aan de verschillende focusgroepen. Unaniem was men in de constatering dat het om toevalstreffers gaat. Voorbeelden zijn de interim-manager die in de regel op de hoogte is van de faillissementsaanvraag en de schuldeiser die het faillissement aanvraagt maar deze aanvraag vergeet in te trekken nadat hij is betaald. Soms wil het verzoekschrift bruikbare informatie opleveren om wetenschap vast te stellen. Buiten gevallen als deze komt een succesvol beroep op het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw nauwelijks voor.

Wél nemen alle (!) ervaren curatoren uit de focusgroepen waar dat er een zeker moment komt waarop vooral door de bank en andere zeer direct betrokkenen op het faillissement wordt geanticipeerd. De gebruikelijke gang van zaken is dat met name banken de regie in handen nemen ten behoeve van zichzelf. Zij passen dan bodemverhuurconstructies toe, zorgen ervoor dat onbewerkte voorraden die zijn belast met een eigendomsvoorbehoud worden bewerkt, dat debiteuren worden geïncasseerd en dat de directeur wordt gezegd dat hij niet als borg zal worden aangesproken als hij meewerkt (wat dan niet gebeurt). Alle ervaren deelnemers beamen een dergelijke gang van zaken. Volgens sommigen hebben banken een draaiboek, waarmee soms al meer dan een jaar vóór het faillissement van de schuldenaar op dat faillissement wordt geanticipeerd.

Artikel 47 Fw is mede door deze praktijken niet bruikbaar, zo menen de ervaren curatoren uit de focusgroepen. Er blijkt vooral een behoefte aan (meer) controle en verantwoording, een stok achter de deur. Overigens beperkt de behoefte zich niet tot banken. Ook grootaandeelhouders, accountants en grote dwangcrediteuren zouden volgens de deelnemers meer inzicht moeten geven in hun beslissingen, handelingen en gedrag. De ervaren curatoren zijn dan ook bijzonder negatief over het optreden van banken, hoewel werd toegegeven dat het beeld van curatoren wordt gekleurd door het gegeven dat zij alleen de gevallen zien ‘waarin het fout is gegaan’.

Opvallend was dat in de focusgroep met de relatief onervaren curatoren er een aanmerkelijk minder negatief beeld bestond over het optreden van banken. Daar werd de verhouding tussen de curator en de bank als een spel gezien: de curator is er om te vereffenen en vindt het frustrerend als, door toedoen van de bank en zijn zekerheidspositie, de verdeling van het vermogen eenzijdig uitvalt, dat wil zeggen ten voordeel van de bank. Hoewel deze perceptie ongetwijfeld ook bij een aantal ervaren curatoren zal bestaan – dit bleek ook uit een aantal gesprekken met deelnemers aan de steekproef – kan het grote verschil in de beoordeling van banken worden verklaard door het type faillissementen waarin men curator is. De ervaren curatoren zullen, meer dan de minder

ervaren curatoren, met grote faillissementen worden geconfronteerd en daarom ook meer te maken hebben met regisserend gedrag van banken, aandeelhouders e.d. Het valt echter niet uit te sluiten dat het verschil in opvatting (deels) is gelegen in een generatiekloof; dat jonge curatoren ‘opgroeien’ met de sterke positie van banken en die daarom normaal vinden.

De antwoorden over de mate waarin geschillen ontstaan laten zien dat er, in vergelijking met andere criteria, over wetenschap van de faillissementspauliana relatief weinig geschillen ontstaan (Tabel 22). Een logische verklaring hiervoor is de beperkte reikwijdte dat het criterium heeft waardoor curatoren het gewoonweg niet snel in kunnen roepen.

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze betrekking op wetenschap van de faillissementsaanvraag?**

	Nooit / (Heel) weinig	(Heel) vaak
Curatoren	41,4	23,0
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	53,9	14,6

Tabel 22

In de focusgroepen komt naar voren dat de advocaat, net als de curator, de zaak bij het wetenschaps criterium vaak ‘zwart-wit’ ziet: óf er is wetenschap óf niet. Een ‘leek’ zal echter grote weerstand hebben en zal de zaken altijd proberen te betwisten. Dit kan verklaren waarom er volgens curatoren meer geschillen zijn over het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw dan volgens advocaten van wederpartijen.

## 7 Conclusie

Tegen de wetenschaps criteria kunnen zes bezwaren worden aangevoerd. Het *eerste* is dat wetenschap aan de zijde van de schuldenaar niet relevant behoort te zijn om de (on)geoorloofdheid te beoordelen. Voorrangspolitities zijn slechts van belang in de verhouding wederpartij-schuldeisers, zodat kwaliteiten van de schuldenaar, zoals beschikingsbevoegdheid en eventuele wetenschap, niet de voorrang van de één ten opzichte van de ander kan rechtvaardigen. Deze kwaliteiten zijn vooral relevant in de verhouding schuldenaar-wederpartij en schuldenaar-schuldeisers (*par. 2*). Dit bezwaar verwezenlijkt zich af en toe in de praktijk, zo bleek in de focusgroepen. De eis kan tot een vreemde situatie leiden, te weten dat de wederpartij de wetenschap aan de zijde van de schuldenaar betwist. In de praktijk draait het echter toch vooral om het aantonen van wetenschap aan de zijde van de wederpartij.

De analyse van hoe zorgplichten elders in het vermogensrecht gestalte krijgen, en dan met name bij gevaltypen die gelijkenis vertonen met de faillissementspauliana, levert drie bezwaren op, die alle zien op de beperkte reikwijdte van de wetenschaps criteria (*par. 3*).

Het *tweede* bezwaar is dat het rekening houden met belangen van anderen begint vanaf het moment dat deze belangen in het geding komen, oftewel wanneer zij nadeel lijden of dreigen te lijden. Met name artikel 47 Fw schiet op deze punten tekort. Ook

gedragingen die plaatsvinden terwijl het faillissement nog niet is aangevraagd kunnen ongeoorloofd zijn, maar deze vallen niet onder de reikwijdte van artikel 47 Fw.

Ook voor artikel 42 Fw geldt dat de belangen van schuldeisers al eerder in het gedrang komen dan wanneer het faillissement van de schuldenaar dreigt. Deze spelen ook in de fase daarvoor, namelijk wanneer voorrangsposities worden ingenomen terwijl de schuldenaar nog insolvent is.

Dit bezwaar is vooral theoretisch van aard, en verwezenlijkt zich in zoverre in de praktijk dat het curatoren opportunistisch kan maken. Daarmee bedoel ik dat curatoren soms menen dat een wederpartij zo onbehoorlijk heeft gehandeld dat zij daartegen optreden, ondanks de beperkte reikwijdte van de criteria. Het is echter moeilijk om dit hard te maken. Het bezwaar tegen de beperkte reikwijdte heeft zich in de literatuur geuit in voorstellen om (i) de criteria van artikel 47 Fw te vervangen door het goedetrouw criterium van artikel 54 Fw en (ii) soepeler om te gaan met het wetenschaps criterium van artikel 42 Fw.

Het *derde* bezwaar tegen de wetenschaps criteria is dat niet alleen bij een (rechts)handeling, maar ook bij (mede)bepalende invloed of een nalaten sprake kan zijn van ongeoorloofdheid. De faillissements pauliana – zowel artikel 42 als 47 Fw – is echter beperkt tot (rechts)handelingen. Het is, anders gezegd, niet mogelijk om er een nalaten of het uitoefenen van invloed mee te beoordelen. Dit bezwaar is overigens louter theoretisch van aard, omdat het recht in deze tekortkoming gaandeweg heeft getracht te voorzien. De opkomst van gevaltypen als bestuurders aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling illustreren het ‘opvullen’ van de gaten die de faillissements pauliana laat. Het bezwaar heeft zich niet in de literatuur en de praktijk geopenbaard.

Het *vierde* bezwaar houdt verband met de gedachte dat zorgplichten dwingen tot het achteraf rechtvaardigen van gedragingen, hetgeen een bewijsvermoeden of –omkering tot gevolg kan hebben. Wederpartijen hoeven, vooral bij het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw, slechts in beperkte mate een actieve houding aan te nemen (*par. 5*). Het is voor curatoren dan moeilijk om wetenschap aan te tonen, zeker nu er nogal eens te weinig financiële middelen zijn om onderzoek te doen naar eventuele wetenschap (of overleg).

Uit het empirisch onderzoek blijkt dan ook dat het voor een aanzienlijk aantal curatoren zeer problematisch is om een handeling met wetenschap van benadeling aan te tasten als een bewijsvermoeden uit artikel 43 Fw niet van toepassing is. Ongeveer 75% van de curatoren geeft aan dat het (heel) moeilijk is om wetenschap aan te tonen in situaties dat er geen bewijsvermoeden van toepassing is, tegen 66% dat het (heel) eenvoudig vindt als een bewijsvermoeden wél van toepassing is (*par. 5*). Voorts ervaren curatoren dat bijvoorbeeld banken vóór een faillissement de regie in handen nemen. Deze personen hoeven hierover echter geen verantwoording af te leggen, waarover bij vooral de ervaren curatoren nogal wat onvrede bestaat.

Het *vijfde* bezwaar tegen de wetenschaps criteria is dat de wetenschaps criteria buiten de bewijsvermoedens nauwelijks zijn geobjectiveerd. Voor het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw heeft dat, gezien de beperkte reikwijdte, ook weinig zin. Het objectiveren van het wetenschaps criterium van artikel 42 (en 45) Fw zou betekenen dat wetenschap opgaat in andere elementen of gezichtspunten, waardoor er geen noodzaak meer bestaat om wetenschap expliciet als criterium te noemen. Dit is in het bijzonder

niet noodzakelijk nu wetenschap ook nog eens niet beslissend behóórt te zijn. Het lijkt dan ook zinvoller om een gezichtspuntencatalogus te ontwikkelen waarin het wetenschaps criterium opgaat in plaats van het expliciet als criterium te blijven noemen (*par. 4*).

Het probleem, dat de wetenschapscriteria onvoldoende zijn geobjectiveerd, manifesteert zich in literatuur en praktijk. In de literatuur is getracht de Pauliana te concretiseren of herformuleren aan de hand van een aantal meer geobjectiveerde gezichtspunten. Ook in de praktijk verwezenlijkt zich het probleem (*par. 5*). Weliswaar zijn de bewijsvermoedens uit artikel 43 Fw een vorm van objectivering, maar deze worden gezien als het begin van een discussie, niet als het einde ervan. Ook dan gaan curatoren op zoek naar correspondentie, verklaringen van betrokkenen, notities e.d. Mede daarom is het buitengewoon moeilijk om wetenschap aan te tonen als er geen bewijsvermoeden van toepassing is. In de focusgroepen bleek dat wetenschap dan alleen wordt geobjectiveerd als de transactie zo ongebruikelijk is dat de wetenschap er dik bovenop ligt.

Dat het moeilijk is om wetenschap te bewijzen, blijkt ook uit het gegeven dat 67% van de curatoren aangeeft dat er (heel) vaak geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij wist of behoorde te weten van de benadeling. Daarbij komt dat het de curator nogal eens aan financiële middelen ontbreekt om onderzoek te doen naar eventuele wetenschap (of overleg).

Uit het empirisch onderzoek blijkt dat het voor een aanzienlijk aantal curatoren zeer problematisch is om wetenschap van benadeling aan te tonen als een bewijsvermoeden – een vorm van objectivering – niet van toepassing is. In die situaties komt het aantonen van wetenschap van benadeling neer op het leveren van bewijs van subjectieve wetenschap aan de hand van bijvoorbeeld getuigenverklaringen.

Een zesde bezwaar tegen de wetenschapscriteria is dat deze niet altijd zijn bestand tegen constructies met vennootschappen (kasrondjes, ‘uitzakoperaties’ e.d.). Overigens is dit bezwaar mogelijk niet of slechts deels te relateren aan ontwikkelingen in het vermogensrecht. In één focusgroep werd gesteld dat ook het vennootschapsrecht bijdraagt aan de kritiek, waarbij vooral kan worden gedacht aan de flexibilisering en de (veronderstelde) gebrekkige afstemming op het insolventierecht. Dit eventuele verband verdient echter nader onderzoek voordat werkelijk kan worden geconcludeerd dat dit een bezwaar is. Er zal immers eerst dienen te worden vastgesteld dat er sprake is van (i) een gebrekkige afstemming en (ii) dat deze van invloed is voor de situaties en mate waarin zich paulianeuze handelingen voordoen.



## Rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van de criteria

### 1 Inleiding

In dit hoofdstuk concentreer ik mij op de rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van de criteria (hierna: rechtsgevolgen). Ik ga er daarbij steeds van uit dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 42 of 47 Fw is voldaan.

Ik toets de rechtsgevolgen aan de ontwikkeling van de veranderende plaats van nietig- en vernietigbaarheden. Om dat te kunnen doen, dient eerst duidelijk te zijn wat de bestaande rechtsgevolgen zijn (*par. 2*). Daarna werk ik de hierboven genoemde ontwikkelingslijn uit (*par. 3*) en analyseer ik vervolgens welke bezwaren, gezien vanuit deze ontwikkeling, tegen de bestaande rechtsgevolgen kunnen worden geformuleerd, en of dan wel hoe deze kritiek zich in de praktijk manifesteert (*par. 4*). In dat kader wordt tevens gezien of er bezwaren in de praktijk zijn die géén verband houden met een ontwikkelingslijn (*par. 5*). Aan het slot volgt een conclusie, waarin ik inga op de verhouding tussen de theoretische bezwaren, die in de literatuur en die in de praktijk (*par. 6*).

Dit hoofdstuk gaat voorbij aan specifieke thema's als het gebaat-zijncriterium en de goede-trouw-bepaling van artikel 51 lid 2 BW, waarin staat dat rechten van rechtsopvolgers die te goeder trouw zijn worden geëerbiedigd. De reden hiervoor is dat er vanuit het toetsingskader, uit de literatuur en uit het empirisch onderzoek geen bezwaren naar voren komen tegen deze specifieke bepalingen.

### 2 Bestaande rechtsgevolg

Een geslaagd beroep op de faillissementspauliana heeft een vernietiging van de bestreden handeling tot gevolg.<sup>1</sup> Artikel 51 lid 1 Fw stelt:

'Hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar gegaan is, moet door hen jegens wie de vernietiging werkt, aan de curator worden teruggegeven [...]'.

Door de vernietiging ontstaan restitutieplichten voor de bij de paulianeuze rechtshandeling betrokken partijen, hetgeen betekent dat partijen worden verplicht de over en weer gedane prestaties ongedaan te maken.<sup>2</sup> De eerste zin van artikel 51 lid 3 Fw bepaalt immers:

- 
- 1 Ook onder 1377 (oud) BW kon een vernietigbaarheid worden aangenomen, zie Van Koppen 1998a, p. 179. Overigens zou in plaats van 'vernietigbaarheid' tevens kunnen worden gesproken van 'het inroepen van de nietigheid'. Een en ander blijkt uit HR 10 juni 1938, *NJ* 1939, 411 en HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 (*Erbfa*). Zo ook Van Koppen 1998a, p. 178; Hijma 1988, p. 228; Asser-Hartkamp 2004 (4-II), nrs. 449 en 465.
  - 2 Parl. Gesch. Rv., RO en Fw (Inv. 3, 5 en 6), p. 399 en Kortmann/Faber 1995, p. 152. Zo ook Wessels 2003, p. 415; Polak/Pannevis 2005, p. 111-112; Van Koppen 1998a, p. 189,

‘[h]et door de schuldenaar uit hoofde van de vernietigende rechtshandeling ontvangene of de waarde daarvan, wordt door de curator teruggegeven, voor zover de boedel erdoor is gebaat’.

Bij de term ‘gebaat’ gaat het om de vraag of de curator het ontvangene in handen heeft gekregen of de omvang van het actief op andere wijze is toegenomen.<sup>3</sup> Indien de boedel is gebaat door het ontvangene, betekent dit dat de schuldeiser een boedelvordering heeft.<sup>4</sup> Wanneer dat *niet* het geval is, kan degene jegens wie de vernietiging werkt

‘[...] voor het tekortkomende [...] als concurrent schuldeiser opkomen’<sup>5</sup>

en zijn vordering ter verificatie indienen.

Een ander bijzonder aspect van de vernietiging is de *relatieve* werking ervan. Die is zowel subjectief-relatief als objectief-relatief.<sup>6</sup> De nietigheid is subjectief-relatief, omdat de litigieuze rechtshandeling slechts nietig is tegenover degene die de nietigheid inroept, dat wil zeggen de curator respectievelijk de boedel.<sup>7</sup> De nietigheid heeft tegenover andere personen in principe dan ook geen werking.<sup>8</sup> Ook worden ingevolge artikel 51 lid 2 Fw rechten te goeder trouw geëerbiedigd.

Voorts neem ik aan dat de nietigheid tevens objectief-relatief is. Dit wil zeggen dat de nietigheid niet verder reikt dan nodig is om de benadeling van schuldeisers op te heffen.<sup>9</sup> De objectief-relatieve nietigheid speelt vooral buiten faillissement; in faillissement speelt zij in zoverre, dat dit tot een opheffing van het faillissement zou leiden wegens volledige betaling van schuldeisers. Een opheffing van de benadeling van schuldeisers in faillissement betekent immers een volledige betaling van de vorderingen van alle schuldeisers.

Een vernietiging met daaruit voortvloeiende restitutie is niet het enige rechtsgevolg waartoe een succesvolle vordering kan leiden. De curator kan ook (soms noodgedwongen) kiezen voor een vordering tot schadevergoeding. Hij beroept zich dan op het onrechtmatigedaadartikel van 6:162 BW, waarbij de regels van de faillissementspauliana de onrechtmatigheid beïnvloeden:

‘In de bedoelde artikelen [artt. 42 en 47 Fw, GvD] liggen immers – naar het Hof terecht tot uitgangspunt heeft genomen – mede regels besloten ten aanzien van hetgeen in de periode vóór het faillissement tussen de aanstaande gefailleerde en zijn schuldeisers geoorloofd is’ (r.o. 3.4.3).<sup>10</sup>

3 Parl. Gesch. Rv., RO en Fw (Inv. 3, 5 en 6), p. 399.

4 Zo ook Wessels 2003, p. 419; Van Koppen 1998a, p. 228 en aldaar genoemde verwijzingen; Van Koppen 1998b, p. 19; Mon. Nieuw BW B-2 (van Buchem-Spapens/Pouw), p. 47.

5 Laatste zin van artikel 51 lid 3 Fw.

6 Voor een uitgebreidere beschrijving van de relatieve nietigheid zie Van Koppen 1998a, p. 178–188. Zie ook Wessels 2003, p. 416, waarin wordt gesteld dat de leer van de relatieve nietigheid algemeen wordt gevolgd. Zie ook Wessels 2003, p. 416, waar wordt verwezen naar rechtspraak.

7 Van Koppen 1998a, p. 181, onder verwijzing naar HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848; HR 13 maart 1959, NJ 1959, 579; HR 16 februari 1996, NJ 1996, 367; Rb. Utrecht 20 februari 1935, NJ 1935, 1586.

8 Art. 3:45 lid 5 BW bepaalt hetzelfde.

9 Art. 3:45 lid 4 BW. Voorts Van Koppen 1998a, p. 182.

10 HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (*Van Dooren q.q./ABN Amro I*). Deze opvatting werd en wordt ook in de lagere rechtspraak aangehangen, zie Hof ’s-Gravenhage 24 april 2001, JOR 2001, 192; Rb. Rotterdam 20 juli 2000, JOR 2000, 247; Rb. Utrecht 24 maart 1999, JOR 1999, 182.

Het is daarom waarschijnlijk dat bij een beroep op artikel 6:162 BW de bewijsvermogens van de artikelen 43 en 45 Fw toepassing vinden danwel een zekere reflexwerking hebben.

### 3 Relativering van nietig- en vernietigbaarheden

Het is de vraag hoe de relatieve nietigheid (of de vernietiging) aansluit bij de relativering van nietig- en vernietigbaarheden. Uit Hijma's beschrijving van de ontwikkeling van nietigheden en vernietigbaarheden<sup>11</sup> blijkt dat de huidige opvatting over nulliteiten – nietigheden en vernietigbaarheden – een wezenlijk andere is dan zoals die aan het einde van de 19<sup>e</sup> eeuw gold. Onder verwijzing naar schrijvers als Diephuis<sup>12</sup>, Land<sup>13</sup>, Opzoomer<sup>14</sup> en Belinfante<sup>15</sup> stelt hij dat de toenmalige heersende leer in essentie neerkwam op de gedachte dat aan een nietige rechtshandeling geen enkel gewicht mag worden toegekend.<sup>16</sup> Ze bestond eenvoudigweg niet voor het recht. Later wordt deze leer gerelativeerd en zelfs verlaten. Zo heeft Van Oven in 1937 in zijn preadvies – tevergeefs overigens – gepleit voor een wat meer genuanceerdere benadering van het begrip nietigheid.<sup>17</sup> Hetzelfde geldt voor Eggens, die dit in 1939<sup>18</sup> en later in een preadvies<sup>19</sup> heeft gedaan. Kort gezegd komen de nuanceringen erop neer dat de non-existenteleer wordt verworpen. Zo ook Hofmann:

'Elke handeling heeft nu eenmaal de facto een of ander gevolg, en het recht moet daarmee noodzakelijkerwijze rekening houden, zooals dat in werkelijkheid dan ook het geval is. [...] De leer, dat een nietige handeling generlei gevolg doet ontstaan en dus juridisch als non-existent zou zijn te beschouwen, is dus niet houdbaar; het eenige wat men kan zeggen is, dat zij het door haar beoogde gevolg niet teweeg brengt. Een nietige overeenkomst doet niet de door partijen beoogde verbintenis ontstaan, maar kan wel degelijk andere gevolgen in het leven roepen'.<sup>20</sup>

Hijma ziet in deze relativering een fundamentele verandering van uitgangspunt.<sup>21</sup> De discussies leiden tot een onderscheid tussen de begrippen 'vernietigbaarheid' en 'nietigheid'. Hoewel in beide gevallen de wet de beoogde rechtsgevolgen ontzegt<sup>22</sup>, hebben de twee begrippen een andere betekenis. Het eerste begrip houdt in een nietigheid na beroep (al dan niet buitengerechtelijk), het tweede betekent een automatische nietigheid.<sup>23</sup> Nietig is de handeling in strijd met het algemeen belang of, om de terminologie

11 Hijma 1988. Voor een uitgebreide beschrijving over de ontwikkeling van het leerstuk van de nietigheden zie met name p. 51-64. Voor een uitgebreide beschrijving van het leerstuk van de vernietigbaarheden verwijs ik naar Hijma 1988, p. 121-211.

12 Diephuis 1872, p. 190.

13 Land 1907, p. 492.

14 Opzoomer 1891, p. 305.

15 Belinfante 1901, p. 13 alsmede p. 1 en p. 31-32.

16 Hijma 1988, p. 53-54.

17 Van Oven 1937, p. 69. Zijn nuanceringen worden echter alle verworpen, zie Handelingen NJV 1937-II, p. 193-194.

18 Eggens 1939.

19 Eggens 1947.

20 Hofmann 1941, p. 443.

21 Hijma 1988, p. 60.

22 Asser-Hartkamp 2000 (4-II), nr. 456.

23 Hijma 1988, p. 124. Zo ook De Loos-Wijker (*Vermogensrecht*), titel 3, aant. 21.



van de Hoge Raad te volgen, die in strijd met ‘fundamentele beginselen van de rechtsorde’.<sup>24</sup> Vernietigbaar is zij indien personen zich aan bepaalde rechtsgevolgen moeten kunnen onttrekken.<sup>25</sup> Om die reden zijn volgens artikel 3:40 BW handelingen in strijd met de openbare orde of de goede zeden nietig. Om dezelfde reden kunnen handelingen in strijd met de wet zowel nietig als vernietigbaar zijn. Een wetsbepaling kan immers twee ratio’s hebben. In het ene geval dient zij ter bescherming van de openbare orde; het in strijd daarmee handelen is dan nietig.<sup>26</sup> In het andere geval, zoals bij de wilsgebreken, heeft de wetsbepaling de strekking een handelend persoon (mede tegen zichzelf) te beschermen. In het geval van een meerzijdige rechtshandeling is deze dan vernietigbaar.<sup>27</sup>

Naast de verwerping van de non-existentieleer en de veranderende opvatting over de plaats en betekenis van nietigheden, welke ontwikkeling in de eerste helft van de 20<sup>e</sup> eeuw kan worden geplaatst<sup>28</sup>, werden nulliteiten later verder gerelativeerd. Een voorbeeld hiervan is de opkomst van de partiële nietigheid, die in 1929 in de rechtspraak werd geïntroduceerd.<sup>29</sup> Deze vorm van nietigheid houdt in dat zij slechts een deel van de rechtshandeling treft; voor het overige blijft zij in stand voor zover dit, gelet op de inhoud en strekking van de rechtshandeling, niet in onverbreekelijk verband met het nietige deel staat.<sup>30</sup> In 1992 is deze rechtsregel, waarvan de tekst vrijwel geheel is ontleend uit het Buena Vista-arrest<sup>31</sup>, in artikel 3:41 BW gecodificeerd. Ook het leerstuk van de conversie<sup>32</sup>, dat door de Hoge Raad voor het eerst in 1944 werd aanvaard, is zo’n relativisering van nulliteiten.<sup>33</sup> Voorts kan de bekrachtiging van artikel 3:58 BW worden genoemd.

Toch zijn het vooral de in 1992 in het BW ingevoerde aanpassings- en wijzigingbevoegdheden die de ontwikkeling van de ‘terughoudende bejegening van nulliteiten’<sup>34</sup> illustreren. Het betreft met name de artikelen 3:53 lid 2, 3:54 lid 1 en 6:230 lid 1 BW, die alle zien op het zoveel mogelijk terugdringen van de rigoureuze gevolgen van een vernietiging. Zo bepaalt artikel 3:53 lid 2 BW dat aan een vernietiging onder omstandigheden terugwerkende kracht kan worden ontzegd. De artikelen 3:54 lid 1 en 6:230 lid 1 BW stellen dat de bevoegdheid voor een beroep op misbruik van omstandigheden respectievelijk dwaling vervalt wanneer de wederpartij tijdig een wijzigingsvoorstel doet dat het nadeel op afdoende wijze opheft. Het tweede lid van de artikelen 3:54 en 6:230 BW bepaalt dat de rechter op verlangen van partijen ook de

24 R.o. 4.4. van HR 11 mei 2001, NJ 2002, 364 (OZF/AZL) m.nt. Jac. Hijma.

25 Hijma 1988, p. 124-125.

26 Parl. Gesch. Boek 3, p. 190.

27 Parl. Gesch. Boek 3, p. 190.

28 Hijma 1988, p. 54-60.

29 Hijma 1988, p. 252, onder verwijzing naar HR 14 maart 1929, NJ 1929, 1382 (*De Vries/Mechanicus*).

30 Reeds in 1929 werd deze vorm van nietigheid door de Hoge Raad erkend, zie HR 14 maart 1929, NJ 1929, 1382 en voorts HR 20 mei 1938, NJ 1939, 94 evenals HR 18 april 1941, NJ 1941, 940. Voor een beschrijving van deze arresten en een uitgebreidere beschrijving van het leerstuk van de partiële nietigheid moge worden verwezen naar Hijma 1988, p. 251-294.

31 HR 16 november 1984, NJ 1985, 624 (*Buena Vista*). Deze rechtsregel is bekrachtigd in HR 11 januari 1985, NJ 1985, 421 (*Citromas/ENC*).

32 Art. 3:42 BW.

33 HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 (*Water/Van Hemme*). Voorts Hijma 1988, p. 296-298.

34 De terminologie is ontleend aan de noot van Hijma onder HR 11 mei 2001, NJ 2002, 364 (OZF/AZL) m.nt. Jac. Hijma.

gevolgen van de rechtshandeling ter opheffing van het nadeel kan wijzigen.<sup>35</sup> In dit verband wijs ik ook op artikel 6:258 BW, dat een vergelijkbare wijzigingsbevoegdheid inhoudt met betrekking tot onvoorziene omstandigheden.

De ontwikkeling, dat de absolute werking van rechtsgevolgen wordt tegengegaan, beperkt zich niet louter tot de leer van nietig- en vernietigbaarheden. Het leerstuk van de ontbinding kent een soortgelijke (maar minder vergaande) ontwikkeling. Daar werd aanvankelijk, in 1838, terugwerkende kracht aan een ontbinding toegekend.<sup>36</sup> Omdat de terugwerkende kracht onverwachte en ongewenste consequenties tot gevolg had, werd dit paardenmiddel met de invoering van het huidige BW aan de ontbinding ontnomen, waarmee ook de aan de terugwerkende kracht verbonden zakelijke werking kwam te vervallen.<sup>37</sup> Voorts dient de tekortkoming thans de ontbinding te *rechtvaardigen*<sup>38</sup>, kan (sinds 1926) ook een *partiële* ontbinding worden uitgesproken<sup>39</sup> en kan ook de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid de gevolgen van een ontbinding verhinderen<sup>40</sup>.

Een andere, veel besproken, maar nog niet door de rechtspraak erkende relative-ring, betreft de leer van het redelijk alternatief. Deze leer is geïntroduceerd door Bakels en Hartlief en komt kort gezegd neer op de stelling dat een schuldeiser een minder ingrijpende remedie dient te kiezen indien ontbinding onredelijk of onnodig nadeel voor de schuldenaar oplevert.<sup>41</sup> De Hoge Raad heeft deze leer lange tijd niet willen aanvaarden:

‘Indien wanprestatie van een contractspartij van dien aard is dat zij naar dat recht in beginsel ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, heeft de partij jegens wie deze wanprestatie is gepleegd, de keuze tussen de hem, mede als gevolg van die wanprestatie, ten dienste staande bevoegdheden en brengt geen regel van dat recht mee dat van ontbinding zou behoren te worden afgezien op de enkele grond dat de schuldeiser door een alternatief – bij voorbeeld nakoming met schadevergoeding – niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren, laat staan dat de rechter deze mogelijkheid ambtshalve zou dienen te onderzoeken’ (r.o. 5).<sup>42</sup>

Toch lijkt ook de Hoge Raad om te gaan. Zo bepaalt hij in *Multi Vastgoed/Nethou* dat een schuldeiser *niet* geheel vrij is in de keuze voor nakoming danwel schadevergoeding, maar daarbij gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen.<sup>43</sup>

35 Ingevolge HR 11 juli 2003, NJ 2004, 616 (*Luycks/Kroonenberg II*) kan ook aan een wijziging/aanpassing van de overeenkomst op voet van art. 6:230 lid 2 BW terugwerkende kracht worden ontnomen.

36 Art. 1302 lid 1 BW (oud) jo. art. 1301 BW (oud).

37 Vergelijk art. 6:269 BW en Parl. Gesch. boek 6, p. 1002.

38 Art. 6:265 lid 1 BW. Zie Hartlief 1994, p. 90-94 en Bakels 1993, p. 247 en p. 256-260 met betrekking tot oud BW.

39 HR 5 maart 1926, NJ 1926, 504 (*Wijnen/Bontuveenij*) en HR 11 maart 1926, NJ 1926, 508 (*Van Duijsen/De Eeval*). Vergelijk het moment (1929) waarop de partiële nietigheid is erkend.

40 Hammerstein/Vranken 2003, p. 18.

41 Bakels 1993, p. 260-277 en Hartlief 1994, p. 94-109. Voor een overzicht van voor- en tegenstanders van deze leer Hartlief/Stolp 2000, p. 254, noot 33 resp. Hartlief/Stolp 2000, p. 259-262.

42 HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 (*Tromp-Franca/Regency*). Zo ook HR 26 april 1996, NJ 1996, 489 (*Van der Wal/Janius*); HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (*De Bruin/Meiling*); HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 (*Twickler*); HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (*Mol/Meijer*).

43 HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (*Multi Vastgoed/Nethou*).

De relativering van absolute werkingen van rechtsgevolgen heeft zich over de gehele linie van het vermogensrecht uitgestrekt.<sup>44</sup> Deze ontwikkeling houdt verband met het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel<sup>45</sup>, of, zoals Van Schaick<sup>46</sup>, met het zogenaamde conservatiebeginsel. Alle benaderingen, hoewel verschillend benoemd, komen op hetzelfde neer: het recht dient handelingen zoveel mogelijk als geldig te behandelen.<sup>47</sup> En omgekeerd, een door het recht toegekend rechtsgevolg dient niet verder te strekken dan met het oog op het geschonden belang noodzakelijk is.<sup>48</sup>

#### **4 Het bestaande rechtsgevolg en relativering van nietig- en vernietigbaarheden**

##### *4.1 Inleiding*

De gedachte dat een handeling slechts nietig is tegenover degene die de nietigheid inroept, was in 1896 vooruitstrevend en liep in die zin vooruit op de relativeringen die daarna in het vermogensrecht zouden plaatsvinden. Sinds 1896 zijn de rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van de criteria in de kern onveranderd gebleven. Artikel 51 Fw bepaalt nog altijd dat prestaties ongedaan moeten worden gemaakt, terwijl de heersende gedachte in het vermogensrecht inmiddels is dat dit rechtsgevolg slechts dan in zou mogen treden wanneer daar een redelijk belang voor is te vinden. Is dat er bij de faillissementspauliana?

##### *4.2 Onnodige restitutieverplichtingen*

Soms ontbreekt het aan dat redelijk belang. Of een noodzaak tot restitutie bestaat, is afhankelijk van het type faillissement en de functie van het goed dat aan het vermogen is onttrokken. Als de gefailleerde een onderneming is die door de curator wordt voortgezet, maakt het bijvoorbeeld verschil of de vervreemde goederen noodzakelijk danwel essentieel zijn voor de voortzetting van het gefailleerde bedrijf, of dat het goed niet essentieel is danwel een doorstart niet zinvol is. In de laatste situatie is restitutie onnodig. Dit leidt dan immers tot werkzaamheden voor de curator en extra kosten. De curator moet dan een koper zien te vinden die geïnteresseerd is in de zaken die in de boedel zijn teruggevloeid.

In de gevallen waarin restitutie niet noodzakelijk is, ligt het vorderen van schadevergoeding meer voor de hand. Die mogelijkheid bestaat ook al. De curator kan er immers voor kiezen om een vordering ex artikel 6:162 BW in te stellen. Daarbij doet zich echter een aantal problemen voor. Ten eerste kunnen mogelijke bewijsmoeilijkheden ertoe leiden dat curatoren afzien van het instellen van een onrechtmatigedaadvordering. Het is, zoals ik eerder opmerkte, onduidelijk of de bewijsvermoedens van artikel 43 Fw en 45 Fw een rol spelen in het kader van artikel 6:162 BW. Ten

---

44 Overigens ook bij de verjaring speelt een dergelijke ontwikkeling. Omdat dit geen remedie is, werk ik deze ontwikkeling niet verder uit.

45 Hammerstein/Vranken 2003, nrs. 34-38; Hammerstein/Vranken 1997, p. 124-125; Hartlief 1997, p. 197-198; Van Schaick 1994, p. 258-262.

46 Van Schaick 1994, p. 258-264.

47 Van Schaick 1994, p. 258.

48 Peletier 1999, p. 26.

tweede draagt de curator in het geval van een (persoonlijke) vordering tot schadevergoeding het insolventierisico van de wederpartij, in tegenstelling tot een restitutie, waar minder kans is op het dragen van het insolventierisico.

Het is denkbaar dat de praktijk een weg vindt om het bezwaar van onnodige restitutieverplichtingen kan worden voorkomen, bijvoorbeeld door de bewijsvermoedens van de artikelen 43 en 45 Fw ook bij een onrechtmatige-daadvordering toe te passen. Ook in dit geval, waarin de faillissementspauliana is achterhaald door de praktijk, ligt het voor de hand de rechtsgevolgen van dit instrument aan te laten sluiten bij de gedachte dat een door het recht toegekend rechtsgevolg niet verder dient te strekken dan met het oog op het geschonden belang noodzakelijk is het achterhaald.

Een ander, meer dogmatisch argument voor een ander rechtsgevolg is dat een nietigheid of vernietiging vanuit dogmatisch oogpunt onjuist is. In paragraaf 2.3.2 van hoofdstuk 4 betoogde ik dat bij de vraag naar voorrang de verhouding wederpartij-schuldeisers centraal staat. Daarbij past niet het vernietigen van rechtshandelingen die in de verhouding schuldenaar-wederpartij hebben plaatsgevonden. Dit betekent dat verbintenissen die tussen de schuldenaar en de wederpartij zijn verricht intact of geldig behoren te blijven. Om dit te bereiken is een ander rechtsgevolg noodzakelijk, maar daarover meer in *Deel II*.<sup>49</sup>

#### 4.3 *Herstel in de oude toestand neemt het nadeel niet weg (objectgerichtheid)*

Dat een nietig- of vernietigbaarheid niet altijd een redelijk belang dient, blijkt voorts uit het feit dat een vernietiging in bepaalde situaties niet volstaat om een benadeling ongedaan te maken. Een voorbeeld is het geval waarin de schuldenaar een goed vervreemdt en deze tussen het moment van het verrichten van de rechtshandeling en het moment van aantasting in waarde blijkt te zijn gedaald. Deze waardedaling behoort voor risico van de verkrijger te komen: hij heeft een periode van de zaak gebruik kunnen maken en dient om die reden de waardedaling te vergoeden. Het rechtsgevolg van een geslaagd beroep op de faillissementspauliana leidt echter slechts tot restitutie van het in waarde gedaalde goed. Om ook de waardedaling vergoed te krijgen en daarmee het nadeel geheel op te heffen, dient de curator naast een faillissementspauliana een vordering tot schadevergoeding in te stellen.

Hetzelfde gaat op in de situatie dat de schuldenaar een goed verkoopt waardoor een deel van zijn bedrijfsvoering stil komt te liggen. Het derven van omzet/winst kan dan niet met restitutie worden opgeheven.<sup>50</sup> Het ongedaanmaken van de wederzijdse prestaties is immers onvoldoende om de omzet- en/of winstderving te compenseren. Hieruit volgt de objectgerichtheid; dat herstel in de oude toestand niet altijd leidt tot het opheffen van het nadeel.

---

<sup>49</sup> Zie hoofdstuk 9.

<sup>50</sup> Zo ook Van Koppen 1998a, p. 196. Overigens kan nadeel dat bestaat uit winst- of omzeterderving zich ook manifesteren als het goed tegen een reële waarde is verkocht.

## 5 Het bestaande rechtsgevolg in de literatuur

In de literatuur is de objectgerichtheid van het huidige rechtsgevolg van de faillissementspauliana gesignaleerd. Geconstateerd is dat het bestaande rechtsgevolg van de faillissementspauliana er op is gericht om het object of anders de waarde ervan terug te brengen in het vermogen van de gefailleerde en niet om andere vormen van nadeel te compenseren.<sup>51</sup> Dit is in de literatuur echter niet als een bezwaar gekwalificeerd.

## 6 Het bestaande rechtsgevolg in de praktijk

In de enquête is getoetst of en hoe regelmatig zich problemen voordoen met de relatieve nietigheid uit artikel 51 Fw. Van de 183 antwoorden die de 169 respondenten hebben gegeven – het geven van meerdere antwoorden was toegestaan – blijkt inderdaad dat het bestaande rechtsgevolg het nadeel niet altijd (geheel) wegneemt en tot onnodige restitutieverplichtingen leidt (Tabel 23).

**Functioneert de bestaande sanctie van de faillissementspauliana  
– de relatieve nietigheid – optimaal?**

Antwoord (per persoon zijn meerdere antwoorden mogelijk)	Aantal (183)	Percentage <sup>52</sup>
Ja	51	27,9
Nee, deze sanctie neemt niet altijd het nadeel (geheel) weg	88	48,1
Nee, deze sanctie leidt tot onnodige restitutieverplichtingen: de curator ontvangt goederen die eerst moeten worden verkocht voordat tot uitkering kan worden overgaan	40	21,9
Nee, om een andere reden	4	2,2

Tabel 23

Van de vier ‘andere redenen’ heeft er één betrekking op onduidelijkheden (‘niet flexibel; onduidelijkheid over rechtsgevolgen vernietiging, vooral indien vernietiging niet wordt “vervolgd”’) en zien er twee op het probleem van de onverhaalbare wederpartij. Verder merkt één respondent op dat bij de vernietiging van een overdracht van een onderneming het de vraag is of de vernietiging jegens het personeel werkt. Het UWV wil dan dat de koper (die na herstel alsnog van de curator koopt) de achterstand in loonverplichtingen ook voorafgaand aan de vernietigde overname voor haar rekening neemt, wat de verkoopbaarheid uit faillissement bemoeilijkt. Tot slot weet één respondent niet waarom het bestaande rechtsgevolg niet optimaal functioneert.

Volgens 23% van de respondenten komt het (heel) vaak voor dat het rechtsgevolg het nadeel niet (geheel) wegneemt, tegenover 18% dat (heel) weinig in aanraking komt met dit probleem, terwijl 59% er soms mee te maken heeft gehad (Tabel 24). Het percentage respondenten dat (heel) vaak ziet dat het bestaande rechtsgevolg leidt tot onnodige restitutieverplichtingen is 28%. Hier staat tegenover dat 28% hier (heel) weinig mee te maken heeft, en ‘slechts’ 44% soms (Tabel 24).

<sup>51</sup> Van Koppen 1998a, p. 195 e.v.

<sup>52</sup> Door verschillen in de afronding is het totale percentage in deze tabel 100,1%.

**Functioneert de bestaande sanctie van de faillissementspauliana – de relatieve nietigheid – optimaal?**

	(Heel) weinig	(Heel) vaak
Hoe vaak neemt de sanctie het nadeel niet weg?	18,1	22,7
Hoe vaak leidt de sanctie tot onnodige restitutieverplichtingen?	27,7	27,8

Tabel 24

In de focusgroepen met de ervaren deelnemers was het beeld over het bestaande rechtsgevolg overwegend negatief. Als de onttrokken goederen niet waardevast zijn, zoals bij registergoederen, levert restitutie over het algemeen weinig op, zeker niet na een lange periode. Sommige deelnemers zijn daarom bij het formuleren van hun vordering voorzichtig. Zij proberen het daadwerkelijk inroepen van de nietigheid te vermijden. Gedeeltelijk vernietigen en andere oplossingen worden gezien als omwegen. Heel soms roept het bestaande rechtsgevolg strategisch gedrag op bij de wederpartij ('roep de nietigheid maar in, je hebt er niets aan').

In een enkel geval lijken de deelnemers aan de focusgroepen de relatieve nietigheid te prefereren boven schadevergoeding. Het gaat dan om de situatie waarin de wederpartij door de benadelende handeling en het inroepen van de nietigheid slechter af is dan zonder de benadelende handeling. Een voorbeeld is de verkoop met daaropvolgende verrekening: de schuldenaar verkoopt onroerend goed voor € 100.000 aan de wederpartij, die de aankoopprijs verrekent met de vordering van € 25.000 die hij heeft op de schuldenaar. Zonder de verkoop heeft de wederpartij een concurrente vordering van € 25.000. Als de curator de verkoop vernietigt, heeft de wederpartij niet alleen diezelfde concurrente vordering, maar daarbij een (waarschijnlijk) concurrente vordering van € 75.000.

In de focusgroep met de minder ervaren deelnemers was men positiever over het bestaande rechtsgevolg. Zij zagen de beperkingen van het bestaande rechtsgevolg niet zo, omdat via andere wegen het gewenste resultaat kan worden bereikt. Zo wordt er thans al veel geschikt (schadevergoeding) en wijzen sommige rechtbanken zonder problemen schadevergoeding toe.

Over het algemeen prefereren alle deelnemers schadevergoeding boven de relatieve nietigheid. Ideaal zou volgens hen zijn als de curator (rechter) kan kiezen tussen schadevergoeding en restitutie. Dat kan nu ook (Pauliana of onrechtmatige daad), maar gebeurt niet altijd. Merkwaardigerwijs bleek uit de focusgroepen dat (met name ervaren) curatoren vooral de faillissementspauliana inroepen en minder snel de onrechtmatige daad.

## 7 Conclusie

De bezwaren tegen het bestaande rechtsgevolg die verband houden met de relativering van nietig- en vernietigbaarheden, blijken zich in de praktijk te verwezenlijken. Het rechtsgevolg heft het nadeel niet altijd op en leidt tot onnodige restitutieverplichtingen. Deze punten komen ook (sterk) in het empirisch onderzoek naar voren. Van deze punten is de objectgerichtheid (het rechtsgevolg neemt het nadeel niet weg) ook in de literatuur gesignaleerd, maar niet als bezwaar gekwalificeerd.

Naast de genoemde bezwaren kent het rechtsgevolg nauwelijks andere (wezenlijke) bezwaren, die bovendien niet zozeer te maken hebben met het rechtsgevolg van het huidige rechtsgevolg, maar veel meer het gevolg zijn van externaliteiten (onverhaalbare wederpartijen).

## Conclusie Deel I

In de inleiding van *Deel I* formuleerde ik een vijftal subvragen. Die beantwoord ik hierna ieder afzonderlijk.

*Hebben de problemen rond de faillissementspauliana in belangrijke mate te maken met het instrument zelf (subvraag 1)?*

Het blijkt dat rond de faillissementspauliana problemen bestaan die in belangrijke mate verband houden met het instrument zelf. Van de helft van de geënquêteerde curatoren die ooit een (in hun ogen) paulianeuze handeling onaangetast hebben gelaten, geeft bijvoorbeeld ongeveer een kwart aan dat de kosten die niet opwegen tegen de baten, en een kwart dat het onaangetast laten (heel) vaak te maken heeft met bewijsproblemen of een gebrek aan financiële middelen.

*Welke theoretische bezwaren kunnen, gezien vanuit de ontwikkelingen, tegen de bestaande faillissementspauliana worden geformuleerd (subvraag 2)?*

Voor de faillissementspauliana geldt de wet van de remmende voorsprong. Waar het instrument in 1896 nog vooruitstrevend was op punten als het rekening houden met belangen van derden in meerpartijenverhoudingen – ook als men een opeisbare vordering heeft – en de relatieve nietigheid, is het inmiddels door ontwikkelingen in het vermogensrecht achterhaald. De achterstand resulteert erin dat er vanuit deze ontwikkelingen bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana kunnen worden geformuleerd.

Zo is het onderscheid verplicht-onverplicht, gezien vanuit de opkomst van gezichtspuntencatalogi, onvoldoende gerelativeerd. Dit kan leiden tot manipulaties in de zin dat aantasting kan worden bemoeilijk als (rechts)handelingen verplicht worden ‘gemaakt’. Dit gebeurt door er op een ‘veilig’ moment een rechtsgrond aan ten grondslag te leggen (*hoofdstuk 1*).

Voor het overlegcriterium geldt dat het onvoldoende aansluit bij de objectivering van normen (*hoofdstuk 3*). Het toetsen van de wetenschapscriteria aan het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden levert op dat wetenschap aan de zijde van de schuldenaar niet relevant behoort te zijn om de (on)geoorloofdheid te beoordelen (*hoofdstuk 4*). Zo’n eis sluit niet aan bij andere gevaltypen binnen het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden.

Ook vanuit de opkomst van zorgplichten gezien is er kritiek op de wetenschapscriteria. Deze is dat (i) een wederpartij thans – met name bij artikel 47 Fw – niet altijd rekening hoeft te houden met belangen van schuldeisers als deze in het geding zijn, dat (ii) alleen bij een (rechts)handeling sprake kan zijn van ongeoorloofdheid en niet bij een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar, en (iii) dat van wederpartijen die door de curator worden aangesproken te weinig een actieve opstelling wordt verwacht (*hoofdstuk 4*). Hierdoor kunnen er gedragingen plaatsvinden die niet met de bestaande faillissementspauliana kunnen worden aangetast, terwijl het vanuit de opkomst van zorgplichten gezien wenselijk zou zijn om die daar wél mee te kunnen aanvechten, en andersom, dat handelingen kunnen worden aangetast die ongeoorloofd behoren te zijn.



Verder blijkt dat een geobjectieerd wetenschaps criterium invulling behoeft aan de hand van andere, concretere gezichtspunten (*hoofdstuk 4*). De bestaande wetenschaps-criteria gaan onvoldoende op in andere elementen of gezichtspunten, en verdienen bovendien relativering, in die zin dat wetenschap niet beslissend behoort te zijn bij de beoordeling van de (on)geoorloofdheid. Tot slot kan, gezien vanuit de relativering van nietig- en vernietigbaarheden, worden geconcludeerd dat de bestaande rechtsgevolgen onvoldoende aansluiten bij deze ontwikkeling (*hoofdstuk 5*).

*Komen de theoretische bezwaren overeen met de kritiek die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur is beschreven (subvraag 3)?*

Schematisch kan deze vraag als volgt worden beantwoord:

Theoretische bezwaren	In literatuur?
Manipuleerbaarheid onderscheid verplicht-onverplicht (H1)	Ja
Onvoldoende aansluiting van het overlegcriterium bij de objectivering van normen (H3)	Ja
Wetenschap aan zijde schuldenaar behoort geen vereiste te zijn (H4)	Ja
Rekening houden met andermans belangen begint niet vanaf het moment dat deze in het geding komen (H4)	Ja
Alleen bij een (rechts)handeling kan sprake zijn van ongeoorloofdheid (H4)	Nee
Van wederpartijen wordt onvoldoende een actieve opstelling verwacht (H4)	Nee
Wetenschapscriteria sluiten onvoldoende aan bij objectivering van normen / behoren op te gaan in andere gezichtspunten (H4)	Deels
Nietig-/vernietigbaarheid (H5)	Nee

In de literatuur is de manipuleerbaarheid van het *onderscheid verplicht-onverplicht* gesignaleerd, zowel die tijdens als vóór de financiële problemen van de schuldenaar. Tussen dit probleem en het theoretische bezwaar dat het onderscheid verplicht-onverplicht te weinig flexibel is, bestaat een relatie. Door de starheid van het onderscheid ontstaat immers de mogelijkheid om het onderscheid te manipuleren en ‘handelingen verplicht maken’.

Er bestaat in de literatuur ook onduidelijkheid of verwarring over de contextuele benadering van het *benadelings*vereiste. Deze wijze van beoordelen houdt in dat de feiten de norm kleuren en bepalen, oftewel dat de benadeling mede wordt bepaald door gezichtspunten en omstandigheden die voor de andere criteria van belang zijn. Deze contextuele benadering van het benadelingsvereiste sluit aan bij ontwikkelingen in het vermogensrecht, en dan met name bij de opkomst van gezichtspuntencatalogi. De onduidelijkheid en verwarring kan daarom worden gezien als het gevolg van het aansluiten bij ontwikkelingen in het vermogensrecht. In zoverre is ook dit probleem, hoewel geen theoretisch bezwaar, te relateren aan ontwikkelingen in het vermogensrecht.

Het theoretische bezwaar, dat het *overleg*criterium uit artikel 47 Fw onvoldoende is geobjectieerd, is in de literatuur in zoverre aan de orde gekomen dat is geconstateerd

dat het criterium (te) restrictief wordt uitgelegd en dat is gepleit voor het oprekken van artikel 47 Fw.

In het kader van (het *wetenschapsvereiste* van) artikel 42 Fw is opgemerkt dat wetenschap aan de zijde van de schuldenaar geen vereiste behoort te zijn om ongeoorloofdheid aan te nemen. Voorts is gepleit voor een meer elastische benadering, kort gezegd een beoordeling aan de hand van gezichtspunten. Dit kritiekpunt komt in zekere zin overeen met het (theoretische) bezwaar dat wetenschap onvoldoende opgaat in (andere) gezichtspunten.

Zonder veel omhaal van woorden en zonder dit als een probleem te kwalificeren, is ook de objectgerichtheid van het bestaande rechtsgevolg aangestipt. Aangezien de objectgerichtheid voortvloeit uit de vernietiging (relatieve nietigheid), is deze te relateren aan het terugdringen van nietig- en vernietigbaarheden.

Kritiek op het bestaande rechtsgevolg is in de literatuur niet of slechts marginaal aan de orde gekomen. Een ander (theoretisch) bezwaar dat zich niet in de literatuur heeft geopenbaard, is dat van wederpartijen te weinig een actieve opstelling wordt verlangd en dat van ongeoorloofdheid alleen sprake kan zijn in het geval van een (rechts)handeling. Verder wordt in de literatuur niet aangegeven welke gezichtspunten invulling geven aan een geobjectiveerd wetenschapsvereiste of hoe deze in onderling verband dienen te worden gezien. Ook is daarin in beperkte mate signaleerd dat belangen van schuldeisers al eerder in het geding kunnen komen dan wanneer de schuldenaar in financiële problemen raakt of dreigt te raken. Deze (theoretische) bezwaren zijn niet in de literatuur terug te vinden. Andere bezwaren ben ik in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur niet tegengekomen.

Op basis van het voorgaande concludeer ik dat de onderzochte hypothese juist is: een belangrijk deel van de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande faillissementspauliana zijn aangevoerd, vindt zijn oorzaak in, en is dus te relateren aan, belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht

*In hoeverre manifesteren de theoretische bezwaren zich in de praktijk (subvraag 4)?*

Als ik deze vraag (gesimplificeerd) beantwoord in de vorm van een schema, levert dit het volgende op:

Theoretische bezwaren	In praktijk?
Manipuleerbaarheid onderscheid verplicht-onverplicht (H1)	Ja
Onvoldoende aansluiting van het overlegcriterium bij de objectivering van normen (H3)	Ja
Wetenschap aan zijde schuldenaar behoort geen vereiste te zijn (H4)	Ja
Rekening houden met andermans belangen begint niet vanaf het moment dat deze in het geding komen (H4)	Ja
Alleen bij een (rechts)handeling kan sprake zijn van ongeoorloofdheid (H4)	Nee
Van wederpartijen wordt onvoldoende een actieve opstelling verwacht (H4)	Ja
Wetenschapscriteria sluiten onvoldoende aan bij	Ja

objectivering van normen / behoren op te gaan in andere gezichtspunten (H4)	
Nietig-/vernietigbaarheid (H5)	Ja

De meeste theoretische bezwaren manifesteren zich in de praktijk. Dit geldt bijvoorbeeld voor de manipuleerbaarheid. In de praktijk komt het voor dat er op een ‘veilig’ moment een rechtsgrond wordt gecreëerd voor (rechts)handelingen die op een later tijdstip plaatsvinden. Deze zijn dan als het ware verplicht gemaakt.

Dat het bestaande overlegcriterium onvoldoende aansluit bij de objectivering van normen resulteert erin dat overleg in de praktijk nauwelijks valt aan te tonen. Volgens sommige curatoren is het huidige overlegcriterium zelfs onbruikbaar.

Minder sterk is de kritiek op de eis dat de schuldenaar wetenschap dient te hebben van de benadeling. Toch manifesteert dit bezwaar zich in de praktijk, in het bijzonder als de wederpartij wetenschap aan de zijde van de schuldenaar betwist. De curator ziet zich dan voor het probleem gesteld wetenschap te moeten bewijzen van iemand die niet in rechte wordt aangesproken. Ook op andere punten manifesteren theoretische bezwaren tegen de wetenschapscriteria zich in de praktijk. Dit geldt voor het bezwaar dat het rekening houden met andermans belangen pas begint op het moment dat financiële problemen bij de schuldenaar dreigen danwel deze er zijn, terwijl de belangen van schuldeisers eerder in het geding komen omdat voorrangsposities eerder kunnen worden ingenomen. In de praktijk heeft deze beperking tot gevolg dat bepaalde personen (grootaandeelhouders, banken, belangrijke leveranciers) ‘de boel kunnen registreren’ zonder dat zij daar in juridische zin verantwoording over hoeven af te leggen. Hierdoor worden discussies en procedures tijdrovend, waardoor het voorkomt dat er aan het einde van de rit niets te halen valt.

Dit raakt ook het theoretische bezwaar dat van wederpartijen onvoldoende een actieve opstelling wordt verwacht. (Ervaren) curatoren hebben bij onverplichte, maar vooral bij verplichte (rechts)handelingen behoefte aan een zekere verantwoording door de wederpartij.

Wat zich voorts in de praktijk manifesteert, is dat de bestaande wetenschapscriteria onvoldoende aansluiten bij de objectivering van normen. In de praktijk komt men nauwelijks aan objectiveren toe buiten de bewijsvermoedens en gevallen waarin wetenschap evident voor de hand ligt. Het aantonen van wetenschap komt dan (maar ook als een bewijsvermoeden wél van toepassing is) nogal eens aan op het zoeken naar correspondentie, notities of verklaringen waaruit dergelijke wetenschap zou moeten blijken.

De problemen komen meestal tot uitdrukking in de moeilijkheid voor curatoren om het noodzakelijke bewijs te leveren. Dit probleem geldt vooral voor het overlegcriterium en de wetenschapseis van artikel 42 Fw, en in mindere mate voor de wetenschapseis van artikel 47 Fw en het criterium ‘benadeling van schuldeisers’.

**Mate waarin het (voor curatoren) eenvoudig danwel moeilijk is een criterium te bewijzen (in procenten)**

	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Kwalificatie in verplicht of onverplicht (H1)	6,5	68,7
Benadeling van schuldeisers (H2)	20,1	38,5
Overleg (H3)	75,3	5,9
Wetenschap van benadeling MET bewijsvermoeden (H4)	7,1	66,2
Wetenschap van benadeling ZONDER bewijsvermoeden (H4)	74,5	4,2
Wetenschap van de Faillissementsaanvraag (H4)	38,5	30,4

Ook de theoretische bezwaren tegen het bestaande rechtsgevolg manifesteren zich in de praktijk, in die zin dat bijna éénderde van de curatoren aangeeft dat met het bestaande rechtsgevolg het nadeel (heel) vaak niet kan worden weggenomen en (heel) vaak leidt tot onnodige restitutieverplichtingen. Bijna éénderde van de respondenten geeft aan dat deze bezwaren zich (heel) vaak voordoen.

Eén theoretisch bezwaar manifesteert zich *niet* in de praktijk. Dat is dat bij de bestaande faillissementspauliana alleen bij een (rechts)handeling sprake kan zijn van ongeoorloofdheid. In deze tekortkoming is gaandeweg voorzien door de opkomst van andere gevaltypen zoals bestuurdersaansprakelijkheid en de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling. De opkomst van die andere gevaltypen is in zoverre een praktisch bezwaar dat het leidt tot divergentie van instrumenten die in de kern hetzelfde ongeoorloofd gedrag tegengaan. Dit brengt mee dat een curator verschillende rechtsgronden in moet stellen om in wezen hetzelfde nadeel vergoed te krijgen. In het empirisch onderzoek kon echter niet worden vastgesteld dat dit een probleem is in de praktijk.

Welke ‘andere problemen’ bestaan er, en overschaduwten deze de theoretische bezwaren (subvraag 5)?

Schematisch weergegeven zijn de ‘andere problemen’:

‘Andere problemen’	In literatuur of praktijk?
Waardebepalingen bij het vaststellen van benadeling (H2)	Nee
Contextuele benadering benadelingsvereiste (H2)	Ja
(Andere) Onduidelijkheden (H2-H4)	Ja
Wetenschapscriteria niet altijd bestand tegen vennootschappelijke constructies (H4)	Ja

De aangetroffen problemen die géén verband houden met de ontwikkelingslijnen zien vooral op het benadelingsvereiste. Het meest problematisch is het vaststellen van (de hoogte van de) benadeling van schuldeisers. Dit probleem kwam in alle focusgroepen aan de orde. Daarin bleek de behoefte aan duidelijkheid over de waardering van goe-

deren. Daarover kunnen eenvoudig discussies ontstaan. Dit verklaart overigens waarom dit probleem niet expliciet in de literatuur is gesignaleerd: het vaststellen van (de hoogte van) nadeel of schade is een probleem dat in het hele vermogensrecht speelt.

Vooral voor curatoren met relatief weinig ervaring zorgt de vergelijking met hypothetische situaties voor onduidelijkheid, in het bijzonder wanneer de benadelende handeling wordt verricht als de schuldenaar al 'technisch failliet' is. Het in een tabel weer-geven van de onduidelijkheden levert het volgende beeld op:

**Mate waarin het duidelijk is wat onder een criterium dient te worden verstaan (in procenten)**

	(Heel) onduidelijk		(Heel) duidelijk	
	Curatoren	Adviseurs/ advocaten	Curatoren	Adviseurs/ advocaten
Onderscheid verplicht-onverplicht (H1)	4,2	5,3	80,4	76,3
Benadeling van schuldeisers (H2)	13,0	15,8	60,4	56,1
Overleg (H3)	25,4	24,6	38,0	38,6
Wetenschap van benadeling (H4)	19,0	17,8	58,6	48,2
Wetenschap van de faillissementsaanvraag (H5)	10,1	7,1	76,9	75,5

Vooral over overleg en wetenschap van benadeling blijkt onduidelijkheid te bestaan. Opvallend is echter dat in de focusgroepen geen wezenlijke onduidelijkheden zijn gevonden. Slechts is vastgesteld dat het al dan niet toerekenen van de mogelijk gunstige gevolgen van een handeling enige onduidelijkheid veroorzaakt. De kans bestaat dan ook dat er een (wederzijdse) beïnvloeding bestaat van bewijsproblemen en onduidelijkheden, anders gezegd, dat bewijsproblemen de onduidelijkheid veroorzaakt; en andersom, dat onduidelijkheid zijn weerslag heeft op bewijsproblemen.

Een ander mogelijk probleem dat géén verband houdt met ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht, is dat de wetenschapscriteria niet altijd door bepaalde constructies met vennootschappen heen kunnen prikken. Dit probleem kan (deels) te herleiden zijn tot het vennootschapsrecht. In één focusgroep werd gesproken van een gebrekkige afstemming van het vennootschapsrecht op het insolventierecht (of andersom), maar dit aspect vergt nader onderzoek om beter zicht te krijgen op de veronderstelde gebrekkige afstemming.

Naast het inventariseren van onduidelijkheden en bewijsproblemen is getoetst in hoeverre de verschillende criteria van de faillissementspauliana geschillen veroorzaken:

**Mate waarin er geschillen ontstaan over een criterium (in procenten)**

	Nooit / (Heel) weinig		(Heel) vaak	
	Curatoren	Adviseurs/ advocaten	Curatoren	Adviseurs/ advocaten
Kwalificatie in verplicht of onverplicht (H1)	37,3	28,1	35,5	50,6
Benadeling van schuldeisers (H2)	14,2	6,7	60,4	64,0
Overleg (H3)	29,6	45,0	37,3	24,7
Wetenschap van benadeling (H4)	8,3	5,6	67,5	66,3
Wetenschap van de Faillissementsaanvraag (H4)	41,4	53,9	23,0	14,6

Hieruit volgden niet zozeer problemen die nog niet eerder waren vastgesteld, maar vooral aanscherpingen en verfijningen ter ondersteuning of nuancering van andere conclusies. Zo bleek dat het relatief hoge percentage voor benadeling van schuldeisers en wetenschap van benadeling kunnen worden verklaard door het gegeven dat benadeling gemakkelijk te betwisten is danwel moeilijk is vast te stellen. Dat er relatief weinig bewijsproblemen en onduidelijkheden zijn met het onderscheid verplicht-onverplicht, maar er toch veel geschillen over ontstaan, kan worden verklaard vanuit het gegeven dat een wederpartij vaak ‘alles uit de kast haalt’ om de curator van repliek te denken.

Mijn indruk is dat de ‘andere problemen’ de theoretische bezwaren niet overschaduwen, mede gezien het feit dat het grootste probleem – de waardebepaling – inherent lijkt te zijn aan een vordering in het algemeen. Verder geldt voor ieder willekeurig criterium uit het vermogensrecht dat het in zekere zin onduidelijk is. Onduidelijkheden zijn inherent aan regels. Dat de ‘andere problemen’ de theoretische bezwaren niet overschaduwen, rechtvaardigt de gedachte om de faillissementspauliana te reviseren.



**Deel II**

**Revisie**





## Inleiding

In dit deel richt ik mij op drie vragen. De *eerste* is of er überhaupt een instrument moet bestaan om gedragingen mee te beoordelen die vóór een faillissement hebben plaatsgevonden en die primair<sup>1</sup> benadeling van schuldeisers tot gevolg hebben (*hoofdstuk 6, paragraaf 2*). Het is niet nodig een alternatief instrument op te tuigen of het oude te handhaven als zo'n instrument eigenlijk niet wenselijk is.

Als er wél een instrument moet zijn, komt de (*tweete*) vraag in beeld, te weten of de reeds aangedragen oplossingen aansluiten bij belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht (*hoofdstuk 6, paragraaf 3*). Mogelijk is het niet nodig om de bestaande faillissementspauliana weg te denken en een nieuw instrument te ontwikkelen, maar volstaat het aansluiten bij oplossingen die in de literatuur zijn aangedragen.

Zo niet, dan rijst de (*derde*) vraag of vanuit de belangrijke vermogensrechtelijke ontwikkelingslijnen een nieuw instrument kan worden geconstrueerd en, zo ja, hoe dit er dan uitziet? Daartoe worden eerst de criteria ontwikkeld. Dit gebeurt aan de hand van de in *Deel I* geschetste ontwikkelingslijnen, de daarin uitgevoerde analyse, alsmede aan de hand van criteria en inzichten uit andere rechtsstelsels, waarna wordt getracht tot een concreet stappenplan te komen waarmee de (on)geoorloofdheid kan worden beoordeeld (*hoofdstuk 6-9*). Tot slot wordt het rechtsgevolg ontwikkeld (*hoofdstuk 9*).

Het ontwikkelen van het alternatieve instrument richt zich primair op de theoretische bezwaren en minder op de problemen die niet te relateren zijn aan ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht ('andere problemen'). Dit neemt overigens niet weg dat ik sommige daarvan – bijvoorbeeld een aantal onduidelijkheden – wel probeer mee te nemen bij het opstellen van de nieuwe criteria, me daarbij realiserende dat onduidelijkheden nooit helemaal te voorkomen zijn.

---

<sup>1</sup> Bij situaties als dwaling of bedrog kan er ook nadeel ontstaan bij schuldeisers, maar hier gaat het om ongeoorloofd gedrag van de wederpartij ten opzichte van de schuldenaar en niet zozeer ten opzichte van schuldeisers.



## De wenselijkheid van het alternatief instrument en de invulling daarvan op hoofdlijnen

### 1 Inleiding

De wenselijkheid van een instrument waarmee gedragingen kunnen worden beoordeeld die vóór faillissement hebben plaatsgevonden en benadelend zijn voor schuldeisers, wordt vaak verondersteld. Op de vraag of zo'n instrument wenselijk is, is ook geen ondubbelzinnig antwoord te geven. Die vraag is een rechtspolitieke of één die slechts vanuit een bepaalde – en daarmee een beperkte – invalshoek kan worden beantwoord.

Ik bespreek de wenselijkheid vanuit meerdere invalshoeken (*par. 2*). De reden daarvoor is dat uit belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht (het toetsingskader in deze studie) slechts valt af te leiden dat er sinds 1896 een opkomst van gevaltypen is geweest, welke gevaltypen vergelijkbaar zijn met de faillissementspauliana. Hoewel het mogelijk is om hieruit een behoefte af te leiden aan een instrumentarium waarmee bepaalde gedragingen als ongeoorloofd kunnen worden gekwalificeerd die vóór een faillissement zijn verricht en benadelend zijn voor schuldeisers, acht ik deze verklaring op zichzelf niet overtuigend. Misschien is het wél juist beter als schuldeisers voor zichzelf opkomen. Wellicht dat de wenselijkheid van een (alternatief) instrument beter kan worden verklaard wanneer deze vanuit andere invalshoeken wordt gezien.

Vooralsnog veronderstellende dat uit die verschillende invalshoeken blijkt dat er een instrument moet bestaan, vraag ik mij af of het ontwikkelen van een *nieuw* instrument noodzakelijk is om de in *Deel I* geschetste bezwaren weg te nemen (*par. 3*). Het is denkbaar dat kan worden volstaan met het oprekken van een criterium, waar in het verleden al voor is gepleit. Van deze voorstellen onderzoek ik of ze de in *Deel I* geschetste bezwaren wegnemen. Als dit niet het geval is, veronderstel ik dat het ontwikkelen van een nieuw instrument gerechtvaardigd is.

Tot slot schets ik hoe dat instrument er in grote lijnen uit moet komen te zien (*par. 4*). Die hoofdlijnen zijn grotendeels terug te vinden in de in *Deel I* uitgevoerde analyse. Ik geef daar een korte weergave van. De reden hiervoor is dat ze daar in een andere context – de analyse van het geldend recht – werden behandeld, terwijl ze in dit deel in grote mate bepalend, en daarmee van fundamenteel belang zijn voor de invulling van de te ontwikkelen criteria waarmee het alternatieve instrument kan worden geconstrueerd.

### 2 Waarom een (alternatief) instrument?

#### 2.1 Omwille van financiële (verhaals)belangen?

Een eerste invalshoek om de wenselijkheid van een (alternatief) instrument te bespreken is het verhaalsbelang van schuldeisers in het faillissement: in hoeverre stijgen de uitkeringspercentages aan preferente en concurrente schuldeisers als een gedraging als on-

geoorloofd wordt gekwalificeerd? Omdat juist de financiële (verhaals)belangen van preferente en concurrente schuldeisers in de Nederlandse literatuur naar voren komen als rechtvaardiging voor de faillissementspauliana, is deze vraag in het kwantitatieve gedeelte van het empirisch onderzoek getoetst. Overigens past een waarschuwing bij de getallen hierna. De percentages berusten op schattingen van curatoren, zodat het niet om harde cijfers gaat, maar wel om indicaties.

De mate waarin uitkeringspercentages stijgen, is afhankelijk van verschillende variabelen. Zo is de mate waarmee uitkeringspercentages van schuldeisers toenemen afhankelijk van de hoogte van de opbrengst en van het aantal schuldeisers waaronder de opbrengst verdeeld dient te worden. Immers, hoe lager de opbrengst en hoe meer schuldeisers, hoe lager de stijging van de individuele uitkeringen ten gevolge van een succesvolle vordering. Ook is het denkbaar dat de opbrengst van een succesvolle vordering 'op' gaat aan de kosten van de (voorbereiding van) procedures of onderhandelingen die tot die opbrengst hebben geleid.

Uit de enquête blijkt dat volgens curatoren in gemiddeld 67% procent van de gevallen een opbrengst van een succesvolle vordering op grond van de faillissementspauliana uitsluitend naar de boedelschuldeisers gaat.<sup>1</sup> In de gevallen waarin er een opbrengst is en de curator tot uitkering aan preferente schuldeisers komt, stijgen hun uitkeringspercentages volgens curatoren in 45% van de gevallen met gemiddeld 0%-5%, in 22% van de gevallen met 6%-10% en in 33% van de gevallen met meer dan 10% (Tabel 25).

**Als het tot een uitkering aan *preferente* schuldeisers komt, met hoeveel % stijgen hun uitkeringspercentages dan ten gevolge van een succesvolle faillissementspauliana (die tot een opbrengst voor de boedel leidt)?**

	0%-5%	6%-10%	>10%
Gemiddeld	45,43	21,83	32,74

Tabel 25

In de gevallen waarin er een opbrengst is en de curator tot uitkering aan concurrente schuldeisers komt, stijgen hun uitkeringspercentages volgens curatoren in 76% van de gevallen met gemiddeld 0%-5%, in 12% van de gevallen met 6%-10% en in 12% van de gevallen met meer dan 10% (Tabel 26).

**Als het tot een uitkering aan *concurrente* schuldeisers komt, met hoeveel % stijgen hun uitkeringspercentages dan ten gevolge van een succesvolle faillissementspauliana (die tot een opbrengst voor de boedel leidt)?**

	0%-5%	6%-10%	>10%
Gemiddeld	75,86	12,28	12,08

Tabel 26

<sup>1</sup> Mediaan 75,00; modus 80; standaarddeviatie 23,167. Gebaseerd op 165 antwoorden, niet meegerekend de respondenten die geen curator zijn geweest (n=3) of die de vraag niet konden of wilden beantwoorden (n=4).

Uit deze percentages, die slechts indicaties geven omdat ze berusten op inschattingen door curatoren, wordt duidelijk dat ongeoorloofdheid in een relatief klein percentage van het aantal gevallen leidt tot een substantiële stijging van de uitkeringspercentages aan preferente en concurrente schuldeisers.

De conclusie is dat het ongeoorloofd kwalificeren van gedragingen die voor faillissement hebben plaatsgevonden en benadelend zijn voor schuldeisers, gezien vanuit het verhaalsbelang van schuldeisers in het specifieke faillissement, slechts in beperkte mate bijdraagt aan een substantiële stijging van uitkeringspercentages van concurrente en preferente schuldeisers. De financiële (verhaals)belangen van deze schuldeisers zijn soms wel, maar in veel gevallen niet of in beperkte mate gediend bij een succesvolle vordering wegens ongeoorloofd gedrag. Het is de vraag of dit anders ligt voor boedel-schuldeisers.

## 2.2 Omwille van het algemeen belang?

Een andere invalshoek is die van het algemene belang. De gedachte is dan dat het ongeoorloofd beschouwen van benadelende gedragingen bijdraagt aan het handhaven van het ethische en juridische principe van *pacta sunt servanda*. Dit principe kan worden omschreven als de verplichting om afspraken na te komen en het in staat stellen van de schuldenaar om zoveel mogelijk aan zijn verplichtingen te voldoen.<sup>2</sup>

Het *pacta sunt servanda* geeft invulling aan of is een uitvloeisel van het vertrouwensbeginsel, oftewel de gedachte dat schuldeisers erop mogen vertrouwen dat hun schuldenaar zijn verplichtingen nakomt. Omdat dit vertrouwen essentieel is voor het handelen in het maatschappelijk verkeer – men moet de zekerheid hebben dat afspraken worden nagekomen –<sup>3</sup> lijkt het tegengaan van ongeoorloofdheid, gezien vanuit het algemene belang, op het eerste gezicht zinvol.

Het idee dat het algemene belang is gediend bij het tegengaan van ongeoorloofd gedrag veronderstelt echter dat een zekere preventieve werking uitgaat van een instrument als de faillissementspauliana. Of, en zo ja, in hoeverre die preventieve werking bestaat, is moeilijk te zeggen. Onderzoek hiernaar toont aan dat van een regel soms wel en soms geen of nauwelijks preventieve werking uitgaat.<sup>4</sup> Omdat er geen gegevens voorhanden zijn om te concluderen of van een instrument als de faillissementspauliana zo'n werking uitgaat<sup>5</sup>, kan niet met zekerheid worden gezegd dat zo'n instrument het algemeen belang dient.

## 2.3 Omwille van efficiëntie?

Bij het behandelen van de vraag naar de efficiëntie wordt in de literatuur – ik baseer mij op literatuur betreffende dit specifieke thema, waar ik hierna naar verwijst, en niet op algemene rechtseconomische literatuur – een onderscheid gemaakt tussen *conveyances* (overdrachten, zoals schenkingen en verkopen beneden de werkelijke waarde) en *preferences* (betalingen). Dit onderscheid berust op de gedachte dat het aantasten van *preferen-*

---

2 Zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 2.

3 Vergelijk Smits 1995, p. 117.

4 Voor een overzicht zie Visscher 2002, p. 59-74. Zie ook Visscher 2005, p. 292 met verdere verwijzingen.

5 Waarschijnlijk zullen die er, gezien de moeilijkheid van het uit te voeren onderzoek, ook niet komen.

ces moet worden gerechtvaardigd met een beroep op het collectieve karakter van het faillissement: schuldeisers die een betaling in het zicht van het faillissement ontvangen, zouden zich aan het collectieve karakter van het faillissement onttrekken. Ik kom daar hierna uitgebreider op terug, en begin met de rechtvaardiging voor het aantasten van het eerste type handeling: de *conveyance*.

De vrijwillige schuldeisers, kort gezegd de schuldeisers die er willens en wetens ooit voor hebben gekozen om met de schuldenaar in zee te gaan, kunnen bij het ontbreken van een (alternatief) instrument op drie manieren reageren.<sup>6</sup> Ik bespreek die hierna, waarbij ik met name let op of deze reacties tot inefficiënties leiden ten opzichte van de situatie dat er wél een instrument bestaat.

Voorop staat dat vrijwillige schuldeisers niet alleen risico lopen, maar ook kunnen profiteren van beslissingen die de schuldenaar neemt.<sup>7</sup> Door niet meteen hun vordering op te eisen, verlenen schuldeisers als het ware krediet aan de schuldenaar en vertrouwen (hopen) hiermee op zijn ondernemerskwaliteiten. Door dit vertrouwen kunnen zij voordeel behalen, dat uiteenloopt van het ontvangen van rente tot het krijgen van nieuwe opdrachten tot het leveren van producten of diensten. Eventuele nadelige transacties behoren tot het ondernemersrisico. Vrijwillige schuldeisers nemen deze op de koop toe, in de hoop dat de nadelige transacties uiteindelijk worden gecompenseerd door gunstige transacties. Het is dan ook onwaarschijnlijk dat personen, bij het ontbreken van een instrument waarmee benadelende kunnen worden teruggedraaid, alleen met elkaar zaken willen doen als zij de wederzijdse verplichtingen gelijktijdig nakomen. Met het vertrouwen op de ondernemerskwaliteiten van de schuldenaar strookt ook niet het ingrijpen op het moment dat benadelende transacties plaatsvinden.

Een eerste reactie van een vrijwillige schuldeiser op het risico dat hij loopt kan zijn dat deze een overeenkomst sluit met de schuldenaar die bepaalt dat de schuldenaar zich van bepaalde transacties dient te onthouden. Het voordeel hiervan is dat de schuldeiser een wapen heeft om op te treden als zijn schuldenaar voor de schuldeiser benadelende gedragingen verricht. Hier staat tegenover dat hij zijn schuldenaar moet 'monitoren', anders gezegd, dat hij moet nagaan of de schuldenaar zich aan de gemaakte afspraak houdt. Als iedere schuldeiser een dergelijke afspraak met zijn schuldenaar moet maken en hem moet monitoren, brengt dit een grote hoeveelheid kosten mee.

Behalve monitoren kan een schuldeiser – de tweede reactie – zekerheid bedingen. Dit reduceert weliswaar monitoringskosten, maar (i) hij en de schuldenaar maken onderhandelingskosten die waarschijnlijk aan de schuldenaar worden doorberekend, (ii) de bescherming die de schuldeiser geniet, gaat ten koste van de bescherming van niet-gesecureerde schuldeisers en (iii) als iedere schuldeiser zekerheden bedingt, heeft deze reactie geen zin en leidt deze alleen maar tot meer transactiekosten. Overigens is het de vraag of iedere schuldeiser in de positie is om zekerheid te verkrijgen. Het is bovendien onduidelijk of een dergelijke reactie uiteindelijk tot inefficiënties leidt.

Een derde reactie is de *price adjustment*. Dit wil zeggen dat de schuldeiser het verlies dat hij lijdt omdat het vermogen van de schuldenaar naar anderen dan die schuldeiser is gegaan, aan andere van zijn schuldenaren doorberekent. Deze reactie leidt tot het ver-

6 McCoid 1983, nrs. 659-661. De informatie over mogelijke reacties van vrijwillige schuldeisers is aan deze bron ontleend.

7 Zaretsky 1995; Baird/Jackson 1985, nrs. 838-840. De informatie die hierna in deze alinea wordt gegeven, is gebaseerd op laatstgenoemde bron.

plaatsen, maar niet tot een toename van de totale kosten, tenzij de schuldeiser deze kosten niet kan doorberekenen aan andere van zijn schuldenaren. Het risico bestaat wel dat de schuldeisers die (toevallig) vaker achter het net vissen omdat het vermogen van de schuldenaar voor zijn faillissement naar anderen is gegaan, door het doorberekenen van hun risico hogere prijzen moeten gaan hanteren, daardoor een slechtere concurrentiepositie krijgen en daardoor ook failliet gaan.

Onvrijwillige schuldeisers, zoals die met een onrechtmatige-daadvordering, hebben vaak een te zwakke onderhandelingspositie om zich in te dekken tegen een eventueel faillissement van hun schuldenaar.<sup>8</sup> Bovendien vertrouwen zij niet op de ondernemerskwaliteiten van de schuldenaar omdat zij niet vrijwillig met hem in zee zijn gegaan. Daarom zou dit type schuldeiser een hogere rang in faillissement moeten hebben.<sup>9</sup> Bij het ontbreken van een dergelijk hoge rang bestaat ook hier het gevaar dat de schuldeisers die (toevallig) vaker achter het net vissen omdat het vermogen van de schuldenaar voor zijn faillissement naar anderen is gegaan, hogere prijzen moeten hanteren, een slechtere concurrentiepositie krijgen en daardoor ook failliet gaan.

Tegenover de kosten die schuldeisers moeten maken bij het ontbreken van een instrument, staan de kosten die de wederpartij maakt als er wél een instrument bestaat. Voor de wederpartij bestaan deze uit de investering die hij moet maken om na te gaan of hij (on)geoorloofd handelt, bijvoorbeeld door zich op de hoogte te stellen van de financiële toestand van de schuldenaar vóórdat hij een benadelende handeling verricht. Daarbij komt dat, in het geval van een door de wederpartij beneden de werkelijke waarde gekocht goed of bij een verkoop boven de werkelijke waarde, de wederpartij moet weten wat (ongeveer) de werkelijke waarde van het goed is.<sup>10</sup>

Het valt moeilijk te zeggen of het aantasten van *conveyances* efficiënt is.<sup>11</sup> Wel dringt het monitoringskosten terug die schuldeisers zouden moeten maken als een instrument als de faillissementspauliana ontbreekt. Het is immers voordeliger als één schuldeiser monitort dan als iedere schuldeiser dat voor zich dient te doen.

Overigens verdient het aantasten wél begrenzing, bijvoorbeeld – precieze criteria worden niet gegeven – met een goede-trouw criterium of het vereiste van kennis van een zekere financiële toestand van de schuldenaar.<sup>12</sup> Dit zou voorkomen dat niemand meer zaken wil doen met de schuldenaar omdat het risico dat handelingen worden aangetast dan te groot wordt.

Het is aannemelijk dat een wederpartij over het algemeen redelijk op de hoogte is van de marktwarde van goederen. Het ligt voorts voor de hand dat de kosten van het monitoren door schuldeisers hoger zijn dan de kosten van de wederpartij die vaak een eenmalige (nadelige) transactie verricht. Het ontbreekt echter aan empirisch materiaal om deze conclusie te onderbouwen. Met de conclusie dat het aantasten van *conveyances* efficiënt is, is dan ook voorzichtigheid geboden.

Voor het aantasten van *preferences* zijn, vanuit het perspectief van efficiëntie, twee rechtvaardigingen aangedragen: *deterrence* en *equality among creditors*.<sup>13</sup> De eerste – *deter-*

8 McCoid 1983, nr. 660.

9 McCoid 1983, nr. 660.

10 McCoid 1983, nr. 660.

11 Voor auteurs die de efficiëntie bepleiten zie bijvoorbeeld Baird/Jackson 1985, nrs. 839–840; McCoid 1983, nr. 658.

12 Baird/Jackson 1985, nrs. 838–839.

13 Beide liggen ten grondslag aan het huidige 11 USCA § 547, zie Carlson 1995, nr. 215.



rence – komt erop neer dat het aantasten van verplichte handelingen schuldeisers zou ontmoedigen om het faillissement als pressiemiddel te gebruiken om hun vordering betaald te krijgen.<sup>14</sup> Dat er een afschrikwekkende werking van uit zou gaan overtuigt echter niet, vooral omdat het zeer de vraag is of die afschrikkende (preventieve) werking werkelijk bestaat.<sup>15</sup> In het ergste geval dient de schuldeiser die actie onderneemt en een betaling ontvangt deze later weer terug te geven, waarmee hij in vrijwel dezelfde situatie verkeert als die waarin hij geen actie had ondernomen.

Voor zover het aantasten van *preferences* tot doel heeft te voorkomen dat schuldeisers het faillissement aanvragen en uitgesproken krijgen omdat deze daar voordeel bij zouden hebben, bestaat de afschrikwekkende werking alleen in theorie. Gezien de lage uitkeringspercentages in faillissement moet men zich afvragen welk voordeel de schuldeiser heeft bij het aanvragen van het faillissement van zijn schuldenaar. Ook hier is het bestaan van enige vorm van preventieve werking omstreden.

Een tweede rechtvaardiging is de *equality among creditors*. Deze rechtvaardiging zou verband houden met de *creditors bargain theory*, waarvan Baird en Jackson de grondleggers zijn. Deze theorie vertrekt vanuit de vooronderstelling dat het faillissement een ordeningsmechanisme is dat schuldeisers overeen zouden komen als zij zouden weten wat de meest efficiënte oplossing is.<sup>16</sup>

In het licht van de *creditors bargain theory* moeten betalingen in het zicht van een faillissement worden gezien als het zich onttrekken aan het faillissement (*opt-out*). De schuldeiser die weet of behoort te weten van het faillissement van de schuldenaar danwel niet te goeder trouw is – precieze criteria worden ook hier niet gegeven – ondermijnt, met andere woorden, de eigen en wenselijk (efficiënt) geachte afspraak.<sup>17</sup> Het aantasten van bepaalde betalingen zou daarom efficiënt zijn.

Toch dient ook bij deze conclusie terughoudendheid te worden betracht. Dit heeft te maken met het strikte onderscheid dat tussen *conveyances* en *preferences* wordt gemaakt en de mogelijkheid om het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte handeling te manipuleren. Dit kan door, zoals bij een zekerheidsstelling, op een ‘veilig’ moment een verbintenis in het leven te roepen waardoor een latere gedraging verplicht (*preference*) wordt of waardoor de schuldeiser een voorrangpositie krijgt in een later faillissement.<sup>18</sup> Dergelijk anticiperend gedrag zou volgens de aanhangers van de *creditors bargain theory* geen inefficiënties tot gevolg hebben. Andere schuldeisers zouden voordeelposities tijdig herkennen en het hebben van zo’n positie zou tot lagere kosten (rente) leiden: degene met een voorrangpositie verdisconteert dit in de prijs van het krediet.<sup>19</sup>

In het laatste schuilen twee vooronderstellingen die van fundamenteel belang zijn voor de rechtvaardiging die de *creditors bargain theory* geeft voor het aantasten van *preferences*. Ten eerste is het zeer de vraag of (potentiële) schuldeisers tijdig voorrangposities opmerken die (ruim) vóór de financiële problemen bij de schuldenaar zijn ontstaan. Het is algemeen bekend dat schuldeisers hun schuldenaar vaak niet of onvoldoende monitoren om goed op de hoogte te zijn van zijn financiële toestand en van de

14 Carlson 1995, nr. 215.

15 Zie hiervoor par. 2.2. Voorts Carlson 1995, nr. 216, alsmede nr. 215; McCoid 1981, nrs. 263–265.

16 Jackson 1984, nrs. 727–728.

17 Jackson 1986, p. 125; Jackson 1984, nrs. 757–759.

18 Hoofdstuk 1, par. 4.

19 Jackson 1984, nrs. 759–760.

voorrangsposities die de verschillende schuldeisers bekleden. Veel schuldeisers zijn als gevolg van informatieasymmetrie en irrationaliteit onvoldoende geïnformeerd en zijn juist *niet* in staat zo'n voordeelspositie tijdig op te merken.

Ook de *tweede* vooronderstelling is omstreden. Verdisconteren voldoende geïnformeerde schuldeisers met een voorrangspositie hun positie werkelijk op een dermate gunstige wijze in de prijs van het krediet dat dit uiteindelijk tot meer welvaart leidt? Van den Heuvel heeft in haar proefschrift, onder verwijzing naar recentere rechtseconomische literatuur uit de Verenigde Staten, aangetoond dat op dit punt allerm minst duidelijkheid bestaat.<sup>20</sup>

Het kan heel wel zijn dat het aantasten van *preferences* niet efficiënt is. Het kan zelfs zo zijn dat van het aantasten van *preferences* juist een prikkel uitgaat om op het faillissement te anticiperen. Dit kan bijvoorbeeld leiden tot het eerder (op voorhand) opt-ou-ten van schuldeisers. Het is geheel onduidelijk of en in welke mate dergelijk gedrag de welvaart verhoogt danwel verlaagt. Hetzelfde geldt voor het bestaan van een instrument waarmee het op voorhand opt-ou-ten kan worden beoordeeld. Wél is het ook hier waarschijnlijk dat het aantasten van *preferences* monitoringskosten terugdringt.

Ik constateer dat de rechtseconomie over het algemeen de efficiëntie bepleit van een instrument waarmee benadelende gedragingen als ongeoorloofd kunnen worden gekwalificeerd die voor faillissement hebben plaatsgevonden, maar dat de redenering die aan die conclusie ten grondslag ligt niet overtuigt.

#### 2.4 Omwille van eerlijkheid?

Psychologisch onderzoek naar sociale rechtvaardigheid (*fairness*) laat vanuit een andere invalshoek zien dat het wenselijk is om een instrument te hebben waarmee de (on)geoorloofdheid kan worden beoordeeld van gedragingen die voor faillissement hebben plaatsgevonden en benadelend zijn voor schuldeisers.

De hierna te bespreken resultaten zijn afkomstig uit onderzoek dat in het kader van *social dilemma game* is gedaan. *Social dilemma game* is een spel waarbij meer dan twee personen zijn betrokken en waarbij het eigenbelang botst met een collectief belang. Dit laatste houdt in dat het op individueel niveau aantrekkelijk is om niet samen te werken, maar als iedereen het eigenbelang nastreeft, is men slechter af dan wanneer samengewerkt zou worden.<sup>21</sup>

Twee vormen van *social dilemma game* die psychologen geregeld gebruiken, zijn *public good dilemmas* en *resource dilemmas*.<sup>22</sup> De eerste is een spel waarin de deelnemers meestal *tokens* – eenheden die ingewisseld kunnen worden voor geld – krijgen die zij af kunnen staan ten behoeve van het publieke goed. Dat goed (de bonus) komt er alleen indien de deelnemers samen een minimum aantal *tokens* inbrengen, waarbij iedere deelnemer mag kiezen hoeveel *tokens* deze inbrengt. Een deelnemer mag de niet-ingebachte *tokens* houden, maar als de drempel wordt gehaald, ontvangen alle deelnemers de bonus (het publieke goed), die uiteraard hoger is dan de ingelegde *tokens*. In het geval dat de drempel niet wordt gehaald, zijn de deelnemers de ingelegde *tokens* kwijt.

<sup>20</sup> Van den Heuvel 2004, p. 115–131.

<sup>21</sup> Dawes 1980, p. 169–170; Stouten 2005, p. 10.

<sup>22</sup> Zie (nagenoeg) alle hierna in deze paragraaf te noemen onderzoeken.

*Resource dilemma* lijkt op *public good dilemma*, alleen hier mogen deelnemers niet iets inbrengen, maar *tokens* uit de *resource* halen. Als er daarna nog voldoende *tokens* in de *resource* achterblijven om de drempel te halen, ontvangen de deelnemers een aantal *bonustokens*.

De uitkomsten uit dit type onderzoek lijken bruikbaar om de wenselijkheid te bepalen van een juridisch instrument waarmee voor schuldeisers benadelende gedragingen als ongeoorloofd kunnen worden gekwalificeerd. Op individueel niveau is het voor een wederpartij aantrekkelijk om geen rekening te houden met (andere) schuldeisers. Het in paragraaf 2.3 aangehaalde onderzoek laat voorts zien dat als alle schuldeisers zich onttrekken aan verdeling in faillissement, dit waarschijnlijk – empirisch materiaal is niet voorhanden – een toename van monitoringskosten meebrengt. Daarmee is iedereen slechter af dan wanneer men rekening met elkaar zou houden, omdat in het laatste geval niet hoeft te worden gemonitord. Hiermee wordt de parallel met het paradigma van *social dilemma* zichtbaar, waar juist deze spanning tussen het individueel en het collectief belang aan de orde is.

Mocht deze parallel niet of in geringe mate bestaan, bijvoorbeeld omdat het opkomen voor het eigenbelang niet meer monitoringskosten meebrengt dan wanneer rekening moet worden gehouden met andermans belangen, dan zijn de resultaten toch bruikbaar. Het blijft een gegeven dat bij bepaalde gedragingen voor faillissement het eigenbelang botst met een collectief belang, bestaande uit de uitkeringen van schuldeisers in faillissement. Daarmee blijft de parallel met *social dilemma research* bestaan. Dat type onderzoek is immers een manier om duidelijk te maken hoe mensen zich gedragen in situaties dat het eigenbelang botst met een collectief belang.

Het onderzoek naar hoe mensen zich in groepen (*social dilemmas*) gedragen, is inmiddels vergevorderd. Vooral uit *public good* en *resource dilemma research* zijn verschillende regels gedistilleerd aan de hand waarvan mensen hun beslissingen blijken te coördineren, welke regels daarna in ander type situaties (organisaties, familie) zijn onderzocht. De stand van zaken is dat het onderzoek zich thans vooral richt op de drijfveren van mensen om zich coöperatief te gedragen. Uit recent onderzoek kan voorzichtig worden opgemaakt dat mensen niet alleen worden gedreven door redenen van efficiency (kosten-batenanalyse), maar voor een belangrijk deel ook door *fairness* of altruïsme.<sup>23</sup>

Van de gevonden coördinatieregels is in deze studie vooral de *equity*-regel belangrijk. *Equity* houdt in dat de inbreng evenredig (proportioneel) dient te zijn aan de uitkomst.<sup>24</sup> Mensen blijken het bijvoorbeeld eerlijk te vinden dat degene die 100 inbrengt een groter deel van de uiteindelijke opbrengst krijgt dan iemand die 20 inbrengt. De *equity*-regel vindt vooral toepassing indien de relatie tussen de personen neutraal, competitief of op prestaties georiënteerd is.<sup>25</sup> Mensen passen de regel voorts toe vooral in asymmetrische gevallen.<sup>26</sup> Dit zijn situaties waarin, zoals in het voorbeeld, de initiële

23 Zie recentelijk Stouten 2005.

24 Ook hier zijn andere benamingen mogelijk, zie bijvoorbeeld Van Dijk/Wilke 1993, die spreken over 'equal contribution rule' en 'proportional contribution rule'. Andere coördinatieregels zijn de 'need'-regel en de 'equality'-regel.

25 Reis/Gruen 1976; Austin 1980; Chen 1999.

26 Marwell/Ames 1979; Samuelson/Messick 1986; Wit/Wilke/Oppewal 1989; Wit/Wilke/Oppewal 1992; Van Dijk/Grodzka 1992; Van Dijk/Wilke 1993; Van Dijk/Wilke 1995; van Dijk/Wilke/Wilke/Metman 1999; Van Dijk/Wilke 2000.

bijdrage of de uitkomst verschilt onder de groepsleden. In deze asymmetrische gevallen blijken mensen het eerlijk te vinden dat de uitkomsten een afspiegeling zijn van, en daarom in verhouding staan met, de inbreng, en andersom, dat de inbreng minder mag zijn als de uitkomst lager is.

In faillissement komt de *equity*-regel in twee dimensies voor. De *eerste* is het uitgangspunt in faillissement, de (gelijke) verdeling naar rato van ieders vordering. De gene die een vordering heeft van € 1.000, heeft in faillissement recht op een hogere uitkering dan iemand met een vordering van € 200. De hoogte van de inbreng is, met andere woorden, evenredig aan de hoogte van de vordering. Overigens bestaan er uitzonderingen (preferente schulden) op deze regel, waarvan sommige als oneerlijk kunnen worden gezien. Deze dimensie van de *equity*-regel valt echter buiten het bestek van deze studie, die niet tot doel heeft de regels over geldende voorrangsposities te beoordelen. Ik beschouw het wettelijk preferentiestelsel dan ook als een gegeven.

Voor deze studie, in het bijzonder de rechtvaardiging voor het bestaan van een instrument waarmee gedragingen kunnen worden beoordeeld die vóór een faillissement hebben plaatsgevonden en die benadeling van schuldeisers tot gevolg hebben, is de *tweede* dimensie van de *equity*-regel van belang. Deze komt hierop neer dat onttrekkingen aan het vermogen van de schuldenaar als oneerlijk kunnen worden gezien, omdat de opbrengst die de wederpartij geniet, in vergelijking met (andere) schuldeisers, niet in een proportionele verhouding staat tot de inbreng. Deze dimensie doet zich in twee situaties voor.

Eerst is daar het geval van een schenking of een verkoop beneden de werkelijke waarde. In deze situaties haalt de wederpartij meer uit het vermogen (*public good*) dan deze erin laat terugvloeien. De wederpartij die voor € 1.000 een goed koopt terwijl dit € 5.000 waard is, onttrekt € 4.000 aan het vermogen van de schuldenaar. Zijn inbreng is niet evenredig aan zijn opbrengst, zeker niet wanneer deze verhouding wordt vergeleken met (twee) schuldeisers in faillissement die ieder een vordering van € 1.000 hebben en daarvan € 200 krijgen uitgekeerd (tabel 27).

	Inbreng	Opbrengst	Verschil	Ratio
Wederpartij	€ 1.000	€ 5.000	€ 4.000	5
Schuldeiser 1	€ 1.000	€ 200	€ -800	0,2
Schuldeiser 2	€ 1.000	€ 200	€ -800	0,2

Tabel 27

De verhouding tussen de inbreng en de opbrengst zou ten opzichte van de (andere) schuldeisers slechts proportioneel zijn indien de inbreng (koopprijs) van de wederpartij € 25.000, of de uitkering € 200 was geweest.

Een tweede situatie waarin de inbreng niet evenredig is aan de opbrengst, is die waarin aan één schuldeiser meer wordt betaald dan aan andere. Een voorbeeld is de wederpartij/schuldeiser wiens vordering volledig wordt betaald, terwijl de schuldeisers in faillissement een uitkering ontvangen van 40% van hun vordering (tabel 28):

	Inbreng	Opbrengst	Verschil	Ratio
Wederpartij	€ 1.000	€ 1.000	€ 0	1
Schuldeiser 1	€ 1.000	€ 400	€ -600	0,4
Schuldeiser 2	€ 1.000	€ 400	€ -600	0,4

Tabel 28

Vergeleken met schuldeisers in faillissement krijgt deze wederpartij/schuldeiser een relatief hogere opbrengst.

Beide situaties leveren een schending van de *equity*-regel op. In de twee gevallen is er immers een asymmetrie in de verhouding inbreng-opbrengst: de inbreng van de wederpartij leidt tot een relatief hogere opbrengst in vergelijking met de schuldeisers in het faillissement van de schuldenaar. Deze asymmetrie brengt mee dat dergelijke, voor schuldeisers benadelende gedragingen als oneerlijk kunnen worden gezien en, vanuit dit gezichtspunt, daarom als ongeoorloofd (zouden moeten) worden beschouwd.

Overigens is voor het als ongeoorloofd kwalificeren van een gedraging wel een zeker bewustzijn (kenbaarheid) noodzakelijk: men moet kunnen weten dat men zich oneerlijk gedraagt, anders gezegd, op de hoogte zijn of behoren te zijn van het feit dat de schuldenaar mogelijk gaat failleren en van het feit dat zij door hun gedrag een hogere inbreng-opbrengst-ratio krijgen dan de (andere) schuldeisers in faillissement. Het moet voor de wederpartij, kortom, duidelijk zijn dat met gedraging met het oog op een eventueel faillissement wordt geanticipeerd. Het ontwikkelen van criteria volgt echter later. Het doel hier is een antwoord te krijgen op de vraag of er een instrument moet zijn waarmee gedragingen kunnen worden beoordeeld die vóór een faillissement hebben plaatsgevonden en die primair benadeling van schuldeisers tot gevolg hebben. Voor nu is dan ook duidelijk dat dit antwoord vanuit psychologisch perspectief 'ja' moet zijn.

## 2.5 Conclusie

Van wat uit het voorgaande naar voren komt, lijken met name de volgende drie aspecten relevant. Ten eerste staat vast dat het aantasten van gedragingen in beperkte mate leidt tot een substantiële stijging van de uitkeringspercentages van schuldeisers in het specifieke faillissement. Ten tweede is het aannemelijk dat schuldeisers – en de maatschappij in het algemeen – er een moreel of psychologisch belang bij hebben om soms gedrag tegen te gaan dat tot gevolg heeft dat er onder de verschillende schuldeisers een disproportionaliteit ontstaat ten aanzien van de verhouding inbreng-opbrengst. Ten derde ben ik geen perspectief of tegengekomen waaruit de onwenselijkheid blijkt.

Op grond van deze argumenten of verschijnselen veronderstel ik dat er een instrument dient te bestaan waarmee gedragingen kunnen worden beoordeeld die vóór een faillissement plaatsvinden en schuldeisers benadelen. Voor dit onderzoek betekent deze conclusie dat het zinvol is om op zoek te gaan naar een alternatief instrument.

### 3 Is het ontwikkelen van een *nieuw* instrument noodzakelijk?

#### 3.1 Inleiding

Is het voor het oplossen van de bestaande bezwaren nodig om een geheel nieuw instrument te ontwikkelen? Kan, met andere woorden, niet worden volstaan met het oprekken van een criterium? Om deze vraag te beantwoorden analyseer ik voorstellen die in het verleden zijn gedaan om bestaande bezwaren weg te nemen. Ik doel specifiek op drie voorstellen, te weten het voorstel om het wetenschaps criterium te objectiveren (*par. 3.2*), de suggestie om artikel 47 Fw te binden aan het goede-trouw criterium van artikel 54 Fw (*par. 3.3*) en het voorstel van de meer elastische benadering van de Pauliana (*par. 3.4*). Nadat ik deze voorstellen heb geanalyseerd, waarbij ik overigens regelmatig zal terugvallen op conclusies uit *Deel I*, beantwoord ik de vraag in hoeverre ze de in *Deel I* geschetste bezwaren wegnemen, en welke andere bezwaren ze in het leven roepen (*par. 3.5*).

#### 3.2 Geobjectiveerde wetenschap bij artikel 47 Fw

Naar aanleiding van de uitspraak Van Dooren q.q./ABN Amro I<sup>27</sup> is ervoor gepleit om het criterium ‘wetenschap van de faillissementsaanvraag’ van artikel 47 Fw te objectiveren tot een ‘behoren te weten’.<sup>28</sup> Het wordt niet precies duidelijk wat daarmee wordt bedoeld en hoe ver het objectiveren moet gaan, maar laat ik aannemen dat wetenschap van de faillissementsaanvraag wordt verondersteld bij personen die over het algemeen inzicht hebben in de financiële toestand van de schuldenaar (gelieerde personen en personen met (mede)bepalende invloed).

Het objectiveren van het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw leidt ertoe dat het bezwaar tegen een te weinig geobjectiveerd wetenschaps criterium verdwijnt. Maar wat blijft zijn de problemen met het te weinig geobjectiveerde overleg- en wetenschaps criterium van artikel 47 respectievelijk artikel 42 Fw, de problemen met de rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van de criteria, en met het onderscheid verplicht-onverplicht, dat onvoldoende is gerelativeerd. Ook vindt het voorstel geen aansluiting bij het zorgplichtbegrip. Buiten wetenschap van de faillissementsaanvraag is het aantasten van verplichte handelingen moeilijk; een beroep op het overlegcriterium heeft immers nauwelijks kans van slagen. Voorts kan van ongeoorloofdheid alleen sprake zijn bij (rechts)handeling en niet bij een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar. Daarmee biedt het voorstel slechts in beperkte mate het hoofd aan de bestaande bezwaren.<sup>29</sup>

27 HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (*van Dooren q.q./ABN Amro I*).

28 Huizink 2001, p. 34 en Huizink 2002, p. 86. Zijn voorstel vindt instemming bij Van Koppen 2001, die zich echter afvraagt of de Hoge Raad aan een dergelijke objectivering van het wetenschaps criterium wil.

29 Zie *Deel I* voor de bestaande bezwaren.

### 3.3 Binding aan goede-trouw criterium

Door verschillende auteurs is voorgesteld om de criteria van artikel 47 Fw te vervangen door het goede-trouw criterium van artikel 54 Fw.<sup>30</sup> Dit houdt in dat de wederpartij niet te goeder trouw handelt

‘[...] indien hij bij de overneming wist, dat de latere gefailleerde in een zodanigen toestand verkeerde, dat zijn faillietverklaring was te verwachten.’<sup>31</sup>

Het toepassen van dit criterium zou voor artikel 47 Fw betekenen dat, indien de schuldenaar een opeisbare verplichting aan een schuldeiser voldoet en de laatstgenoemde op dat moment weet dat een faillissement van de schuldenaar te verwachten is (Vriesendorp spreekt in dit verband overigens van ‘onontkoombaar’), de curator deze handeling in een later faillissement met succes kan aantasten.<sup>32</sup> In mijn ogen omvat deze wijziging een volledige gelijkshakeling van de criteria van artikel 47 Fw aan het goede-trouw criterium van artikel 54 Fw. Het goede-trouw criterium van artikel 54 Fw is immers ook ruimer dan de eerste grond van artikel 47 Fw (het criterium ‘wetenschap van de faillissementsaanvraag’).<sup>33</sup>

Een van de bezwaren die het goede-trouw criterium deels ondervangt is de manipuleerbaarheid van het onderscheid verplicht-onverplicht. Een inbetalinggeving, schuldvernieuwing en verkoop met daaropvolgende verrekening kunnen met het criterium minder eenvoudig worden omzeild. Met het hanteren van het goede-trouw criterium worden partijen gedwongen de samengestelde transactie – de verkoop aan een ander dan de wederpartij en de daaropvolgende betaling aan de schuldeiser – uit te voeren op een moment dat het faillissement van de schuldenaar niet te verwachten is. Hierdoor zal de bereidwilligheid van de schuldenaar om mee te werken geringer zijn dan in het geval dat zijn faillissement(saanvraag) aanstaande is. Bovendien zal een samengestelde transactie met een schuldenaar die financieel gezond is, niet spoedig ongeoorloofd zijn: schuldeisers kunnen zich immers nog op voldoende vermogen verhalen.

Het goede-trouw criterium bemoeilijkt ook het gebruik van (contractuele) bedingen waarmee op een faillissement van de schuldenaar wordt geanticipeerd. Weliswaar kunnen partijen met een beding een onverplichte rechtshandeling tot een verplichte handeling maken op een moment dat er nog geen sprake is van financiële problemen bij de schuldenaar, maar de kans dat de uiteindelijke – verplichte – betaling wordt aangetast, neemt door de verruiming van artikel 47 Fw toe.

Voorts is een goede-trouw criterium een geobjectiveerde norm en biedt het de mogelijkheid voor een beoordeling aan de hand van gezichtspunten. Tot slot komt het voorstel tegemoet aan het bezwaar tegen de beperkte reikwijdte van met name artikel 47 Fw. Als gezegd dient met name bij verplichte handelingen het gezichtsveld te wor-

30 Vriesendorp 1996a. Voorts Faber 1996. Kortmann/Faber 1996, p. 126. Verstijlen 1999b, p. 306-307. Zo ook reeds Kortmann 1991, p. 134, waarin is gesteld dat voor artikel 47 Fw dient te gelden de wetenschap dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen. Zie voorts Verstijlen 1999b, p. 306-307.

31 HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (*Doyer en Kalfj*). Zie ook HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (*Amro/Curatoren THB*).

32 Daarnaast stelde Vriesendorp 1996a, p. 77 ‘subsidiar’ voor om van het goede-trouw criterium een weerlegbaar vermoeden te maken, zodat men niet zou hoeven te breken met de wetgeschiedenis.

33 Zie ook Van Koppen 1998a, p. 164.

den verbreed.<sup>34</sup> Dit wil zeggen dat ook handelingen die plaatsvinden terwijl het faillissement nog niet is aangevraagd ongeoorloofd kunnen zijn.

Toch neemt het goede-trouw criterium een aantal bezwaren niet weg. Zo lijkt het een geobjectiveerd criterium, maar met een 'behoren te weten' is nog weinig gezegd. Zo'n criterium behoeft invulling, die ontbreekt bij het voorstel om artikel 47 Fw te binden aan de goede trouw. De resultaten uit het empirisch onderzoek met betrekking tot het wetenschaps criterium van artikel 42 Fw laten zien dat, zolang die invulling ontbreekt, het bewijzen van wetenschap nogal eens neerkomt op het aantonen van subjectieve wetenschap, wat buitengewoon problematisch blijkt als er geen bewijsvermoedens zijn.<sup>35</sup> Dit betekent dat het bewijzen van wetenschap neerkomt op het boven tafel krijgen van (getuigen)verklaringen waaruit die wetenschap blijkt.

Verder staat bij het goede-trouw criterium wetenschap nog altijd centraal, en biedt het geen ruimte voor het meewegen van gezichtspunten die wetenschap relativeren.<sup>36</sup> Het maakt het niet mogelijk om bij de beoordeling van de (on)geoorloofdheid omstandigheden te betrekken die een benadelende gedraging rechtvaardigen waarbij de wederpartij wetenschap had van benadeling.

Bij toepassing van het goede-trouw criterium blijft voorts, in het geval van artikel 42 Fw, wetenschap aan de zijde van de schuldenaar een vereiste, hetgeen niet aansluit bij andere gevaltypen binnen het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden en bovendien dogmatisch onjuist is.<sup>37</sup> Verder blijft ongeoorloofdheid beperkt tot een (rechts)handeling<sup>38</sup> en doet het goede-trouw criterium niets tegen de bezwaren tegen de bestaande rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van de criteria.

Behalve dat sommige bezwaren blijven bestaan roept het voorstel om artikel 47 Fw te binden aan het goede-trouw criterium van artikel 54 Fw ook nieuwe bezwaren in het leven. Ik stelde eerder dat het goede-trouw criterium de kritiek op het onderscheid verplicht-onverplicht deels wegneemt. De keerzijde daarvan is dat het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte handeling daarmee dusdanig wordt gerelativeerd dat het nagenoeg verdwijnt. Het criterium 'wetenschap van het te verwachten faillissement' verschilt nauwelijks van de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het criterium 'wetenschap van benadeling'. De vraag of het faillissement redelijkerwijs te verwachten is, is niet wezenlijk anders dan de vraag of de schuldenaar naar redelijke verwachting in staat zal zijn al zijn schuldeisers te betalen.<sup>39</sup> Voor zover er al een verschil bestaat, is dit louter theoretisch van aard. Ik kan mij niet voorstellen hoe het verschil in de praktijk tot uitdrukking zou moeten komen.

Dat het onderscheid verplicht-onverplicht relevant kan zijn bleek eerder.<sup>40</sup> Het belang van de wederpartij met een opeisbare vordering is een ander dan dat van de wederpartij die niet zo'n vordering heeft. Het verschil in belang komt tot uitdrukking in het gegeven dat het eerste type wederpartij meer voor zichzelf op mag en moet komen dan het tweede type wederpartij. Met deze gedachte verdraagt zich niet het dusdanig

34 Hoofdstuk 4, paragraaf 3.4 en paragraaf 5.

35 Hoofdstuk 4, paragraaf 4.

36 Hoofdstuk 4, paragraaf 4.

37 Hoofdstuk 4, paragraaf 2.3.2.

38 Hoewel dit aspect meer theoretisch van aard is, zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.4.

39 Vergelijk HR 17 november 2000, NJ 2001, 272 (*Bakker/Katko q.q.*); HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

40 Hoofdstuk 1, paragraaf 2.



relativeren van het onderscheid verplicht-onverplicht dat het verdwijnt, althans, alleen in theorie nog bestaat.

### 3.4 *Elastische benadering van de Pauliana*

Door een klein aantal auteurs is een elastische benadering van de Pauliana bepleit, in het bijzonder van het criterium wetenschap van benadeling uit artikel 42 Fw.<sup>41</sup> Een concrete aanleiding voor het voorstel van de elastische benadering is een arrest van de Hoge Raad over een overwaardearrangement.<sup>42</sup> Dit arrangement houdt kort gezegd in dat twee kredietgevers met zekerheidsrechten overeenkomen dat als er bij de ene kredietgever na uitwinning een surplus bestaat, de kredietgever met te weinig zekerheidsrechten hiervan mag profiteren. Om dit te bereiken is een constructie bedacht waarbij de kredietgevers zich borgstellen voor elkaars schulden. Verder komen ze overeen dat ze onderling regres kunnen nemen, waarbij dan wordt afgesproken dat de borgstelling niet verder strekt dan het bedrag waarvoor de kredietgever met het surplus zich voor de regresvordering kan verhalen op de zekerheden die aan hem zijn verstrekt. Op die manier wordt een eventueel surplus van de ene kredietgever aangewend ten behoeve van het tekort aan zekerheden van de andere kredietgever. Naar geldend recht is het overwaardearrangement niet in strijd met ‘enige regel van goederenrecht of faillissementsrecht’, aldus de Hoge Raad.

De elastische benadering komt neer op het loslaten of relativeren van de koppeling tussen het criterium ‘wetenschap van benadeling’ en de gedachte dat de schuldenaar ten tijde van het verrichten van de (rechts)handeling in financiële problemen dient te verkeren of dreigt te gaan verkeren. Dit brengt mee dat de toepassing en reikwijdte van de Pauliana ten aanzien van onverplichte (rechts)handelingen wordt verruimd, in die zin dat ook bepaalde transactie die vóór zo’n moment plaatsvinden soms ook zouden kunnen worden aangetast. Gezichtspunten die in dat kader zijn genoemd zijn het (onverbrekelijk) verband tussen rechtshandelingen, de inhoud en strekking van de transactie, de gevolgen ervan, de ernst van de benadeling en de omvang van de tegenprestatie.

Hoewel het voorstel lijkt aan te sluiten bij de wijze waarop een beoordeling plaatsvindt bij gezichtspuntencatalogi, laat het een aantal belangrijke vragen onbeantwoord. Waarom zijn juist de genoemde gezichtspunten relevant? Waar komen ze vandaan? En zijn er nog andere? Ook op andere punten is het voorstel van de elastische benadering nog onvoldoende uitgewerkt. Hoe verhouden de gezichtspunten zich tot elkaar? En is er een hiërarchie in aan te brengen?

Daarnaast lijkt voorbij te worden gegaan aan het bestaande artikel 47 Fw en de reikwijdte daarvan. Zo is het denkbaar om een overwaardearrangement aan te tasten, maar als kredietgevers in hun kredietovereenkomst standaard een bepaling gaan opnemen waarin staat dat zij op een later moment met een andere kredietgever tot zo’n arrangement kunnen besluiten, dan verwordt een later overwaardearrangement tot een verplichte handeling die moeilijk is aan te tasten. Ook ‘normale’ betalingen blijven beperkt aantastbaar. Zo gezien biedt de elastische benadering geen uitkomst voor de bezwaren dat de wetenschapscriteria niet aansluiten bij de brede toepassing van zorgplichten.

---

<sup>41</sup> Polak-Wessels 2003 (III), par. 3056; De Weijts 2006, p. 87-88. Zo ook Winter 1998a, p. 70.

<sup>42</sup> De Weijts 2006.

### 3.5 Conclusie

Uit de analyse van de voorstellen volgt dat voor het oplossen van de bestaande bezwaren niet kan worden volstaan met het oprekken van een criterium. De voorstellen nemen slechts een deel van de bezwaren weg, terwijl ze – vanuit het toetsingskader bezien – soms ook nieuwe kritiek in het leven roepen. Dat de voorstellen maar een beperkt deel van de problemen oplossen verrast overigens niet. Suggesties ter verbetering worden vaak gedaan naar aanleiding van een bepaalde uitspraak waar – vanzelfsprekend – een beperkt deel van de problematiek aan de orde komt en verholpen wordt.

Als oplossing voor de bestaande bezwaren is ook niet geschikt een open invulling van het goede-trouwscriterium, dit wil zeggen een invulling die losstaat van het criterium van artikel 54 Fw. Zo'n invulling leidt tot een wel erg vaag criterium, terwijl een concrete invulling neerkomt op het ontwikkelen van nieuwe criteria. Ook de oplossing van de elastische benadering van (het wetenschapsvereiste van artikel 42 Fw van) de Pauliana biedt in beperkte mate een oplossing.

Wél is het denkbaar dat de bezwaren kunnen worden weggenomen indien meerdere criteria worden aangepast, maar dan is men feitelijk bezig een nieuw instrument te ontwikkelen. De keuze om de faillissementspauliana in zijn geheel te reviseren zonder daarbij gehinderd te worden door bestaande criteria, oftewel, de keuze om een nieuw instrument te ontwikkelen, is dan ook een betere dan het aanpassen van onderdelen van de bestaande faillissementspauliana. De gedachte om de bestaande faillissementspauliana weg te denken en een nieuw instrument te ontwikkelen, is daarmee gerechtvaardigd.

## 4 Hoofdpijnen van het alternatieve instrument: waar het toetsingskader toe dwingt

### 4.1 De verhouding wederpartij-schuldeisers staat centraal

Een eerste relevant gegeven is dat wetenschap aan de zijde van de schuldenaar niet relevant behoort te zijn om de (on)geoorloofdheid te beoordelen. Dit volgt uit de analyse van andere gevaltypen binnen het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden, waar het bestaan of het ontbreken van een zekere wetenschap aan de zijde van de schuldenaar<sup>43</sup> geen beletsel vormt voor benadeelde derden om de wederpartij van de schuldenaar aan te spreken. Daarbij komt dat kwaliteiten van de schuldenaar belangrijk zijn voor het *verkrijgen* van voorrang, maar niet de voorrang van de één ten opzichte van de ander kan *rechtvaardigen*. Die kwaliteiten zijn vooral relevant in de verhouding schuldenaar-wederpartij en schuldenaar-schuldeisers.<sup>44</sup> Dit brengt mee dat voorrangsposities slechts van belang zijn in de verhouding wederpartij-schuldeisers.

### 4.2 Actieve opstelling

In paragraaf 3 van hoofdstuk 4 besprak ik de opkomst en ontwikkeling van zorgplichten, dat wil zeggen welke kenmerken ze hebben en hoe ze zich verhouden tot de

<sup>43</sup> Of daarmee vergelijkbare partijen, zoals de aanbesteder of degene die wanpresteert.

<sup>44</sup> Hoofdstuk 4, paragraaf 2 en 5.

reikwijdte van het rekening houden met belangen van schuldeisers. Ik ga deze analyse niet opnieuw uitvoeren, maar beperk mij tot een korte weergave van wat ik eerder stelde.

In de kern brengt de toepassing van zorgplichten een actieve opstelling mee, die zich op drie punten manifesteert. Een *eerste* kenmerk van de actieve opstelling is dat niet alleen het verrichten (rechts)handeling ongeoorloofd kan zijn, maar ook een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar. Dit heeft naar geldend recht tot gevolg dat personen, zoals moedermaatschappijen, bestuurders, familieleden, banken en anderen die (kunnen) anticiperen op het faillissement van de schuldenaar, actief handelingen dienen te verrichten om te voorkomen dat schuldeisers van de schuldenaar (verdere) schade lijden.

Ten *tweede* laten zorgplichten zien dat het rekening houden met belangen van anderen begint vanaf het moment dat er sprake is van informatieasymmetrie en/of een (andere) machts- of voordeelpositie. Met het eerste bedoel ik dat de ene persoon een informatievoorsprong heeft ten opzichte van de ander, terwijl ik onder een machts- of voordeelpositie versta ofwel het gegeven dat de ene persoon de ander kan of behoort te bewegen tot het verrichten van een bepaalde gedraging ofwel dat iemand een bepaalde (maatschappelijke) positie heeft die structureel voordeel oplevert.

Een *derde* kenmerk van de actieve opstelling van partijen is dat partijen achteraf hun gedrag inzichtelijk dienen te maken. Hoe deze gedachte gestalte krijgt, volgt in de paragrafen 3, 4 en 5 van hoofdstuk 8.

#### *4.3 Onder de alternatieve criteria vallen situaties die thans met criteria van andere instrumenten worden beoordeeld*

Het verlangen van een actieve opstelling van wederpartijen heeft tot het gevolg dat het alternatieve instrument andere situaties bestrijkt dan de bestaande faillissementspauliana. Het gaat om al die gevallen waarin het nadeel bestaat uit een vermogensvermindering, uit een wijziging in de in faillissement geldende rangorde of het bemoeilijken van verhaal. Tot die gevallen behoren ook de verrekening vóór faillissement, kennelijk onbehoorlijk bestuur, selectieve betaling en de aansprakelijkheid van kredietverschaffende banken en groepsvennootschappen.

Als het alternatieve instrument is ontwikkeld, zal er een overlap bestaan met criteria van andere instrumenten. Dit verrast overigens niet. Het antwoord op de vraag wat de reikwijdte van de faillissementspauliana zou moeten zijn, wordt immers ontleend aan hoe zorgplichten bij veel van die andere instrumenten gestalte krijgen. Dit betekent dat de invulling van de alternatieve criteria voor een deel kunnen worden ontleend aan die andere, bestaande instrumenten, en dat verschillende instrumenten mogelijk kunnen worden gebundeld in één nieuw instrument.

Een situatie waar de alternatieve criteria overigens uitdrukkelijk *niet* op moeten zien is die waarin een bestuurder namens de vennootschap een overeenkomst sluit in de wetenschap dat de vennootschap die afspraak niet meer na zal kunnen komen en er geen verhaal voor zal bieden (de zogenaamde Beklamel-gevallen<sup>45</sup>). Hetzelfde geldt voor het geval waarin mededelingen worden gedaan die bij schuldeisers onterechte

---

<sup>45</sup> Benaming is ontleend aan HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (*Beklamel*). Een vergelijkbare situatie is die van HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (*NHB/Oosterhof*).

verwachtingen scheppen.<sup>46</sup> Het verwijt dat in deze situaties wordt gemaakt is een ander dan waar de alternatieve criteria of bovengenoemde instrumenten op zien. Niet een vermogensvermindering of een wijziging in de rangorde, maar het feit dat het vermogen al te gering *is* en desondanks onterecht het vertrouwen wordt gewekt dat de schuldenaar zijn verplichtingen zal nakomen, vormt in die situaties de grond voor en de maatstaf om aansprakelijkheid vast te stellen.<sup>47</sup> Een geval als Sobi/Hurks II, waarin de moedermaatschappij wordt verweten niet te hebben ingegrepen bij de dochter, heeft te maken met de kredietwaardigheid zelf en niet zozeer met het *wekken* van de *schijn* van kredietwaardigheid. Situaties waarin onterecht vertrouwen is opgewekt dienen daarom niet met de alternatieve criteria te worden beoordeeld.

Deze constatering, dat er een onderscheid in beoordeling bestaat tussen onterecht opgewekt vertrouwen en ongeoorloofdheid wegens een vermogensvermindering dan wel een wijziging in de rangorde, brengt overigens mee dat het privaatrecht af moet van het idee om de aansprakelijkheid van kredietverschaffende banken en groepsmaatschappijen onder dezelfde noemer te plaatsen als de aansprakelijkheid wegens onterecht opgewekt vertrouwen van kredietwaardigheid.<sup>48</sup>

#### 4.4 Geobjectiveerde gezichtspunten

Uit het toetsingskader volgt verder dat de criteria dienen te bestaan uit geobjectiveerde gezichtspunten. Dit houdt in dat op zoek dient te worden gegaan naar open geformuleerde normen. Daarmee heb ik op het oog een beoordeling zoals bij de onrechtmatige daad, waarbij de belangenafweging niet zozeer plaatsvindt aan de hand van bijvoorbeeld (getuigen)verklaringen, maar aan de hand van criteria als de voorzienbaarheid, de ernst van het nadeel en de verkeersopvattingen. Objectiveren heeft niet tot doel het afwegen in de concrete omstandigheden van het geval uit te bannen. Dit neemt niet weg dat het mogelijk is om van een aantal personen in bepaalde typen situaties een minimumniveau aan kennis of inzicht te veronderstellen.<sup>49</sup>

Het verschijnsel van gezichtspuntencatalogi is voor kritiek vatbaar, omdat gezichtspunten geen regels zijn waaraan personen precies kunnen ‘aflezen’ of ze zich in overeenstemming met de norm gedragen. Gezichtspunten geven minder informatie dan scherpe regels, welke informatiewaarde het criterium is om de vaagheid of scherpheid van normen te toetsen.<sup>50</sup> Ze geven slechts aan welke feiten en omstandigheden gewicht toekomt, zodat de uiteindelijke uitkomst afhankelijk is van de feiten oftewel de omstandigheden van het geval. Gezichtspunten brengen dan ook een zekere vaagheid mee.

Naast een mogelijk gebrek aan informatiewaarde zijn andere bezwaren tegen het gebruik van open normen aangevoerd, die mogelijk ook als kritiek op het gebruik van gezichtspunten kunnen worden geuit. Zo kunnen ze rechtsonzekerheid geven, de rechtsstatelijkheid aantasten, onvoldoende bijdragen aan de rechtsontwikkeling en lei-

<sup>46</sup> Zie nader hoofdstuk 3, paragraaf 2.2 en Van den Heuvel 2004, p. 144.

<sup>47</sup> Ook Du Perron 1999, p. 263 e.v. maakt een onderscheid tussen de zorgplicht ten gevolge van opgewekt vertrouwen en andere zorgplichten. Zo ook Van den Heuvel 2004, p. 144.

<sup>48</sup> Zie ook Van den Heuvel 2004, p. 144.

<sup>49</sup> Hoofdstuk 3, paragraaf 3.

<sup>50</sup> Barendrecht 1992, bijvoorbeeld op p. 77-78.

den tot inefficiënte conflictoplossing, grote rechterlijke vrijheid en een inefficiënt gebruik van kennis over rechtvaardigheid.<sup>51</sup>

Het merendeel van deze bezwaren onderschrijf ik, maar ik vrees dat voor het alternatief – scherpe normen – grotendeels dezelfde kritiek geldt. Ik refereer aan het wetboek dat honderdduizenden artikelen telt en aan de wetgever die niet in staat is voor iedere situatie een concrete regel te geven. Is het bovendien niet inefficiënt om voortdurend normen aan te passen aan veranderende inzichten en opvattingen in de maatschappij?<sup>52</sup> Of heeft de rechter niet een even grote vrijheid als bij vage normen indien hij de scherpe normen voortdurend dient aan te passen aan iedere concrete situatie en aan veranderende maatschappelijke opvattingen? Gezichtspunten bieden in dit opzicht meer flexibiliteit en hebben voorts als voordeel dat minder normen hoeven te worden bedacht. In dit licht, alsmede tegen de achtergrond van de contextualisering van het recht, lijken gezichtspunten geschikt om een open norm nader te concretiseren.<sup>53</sup>

Dat het gebruik van gezichtspunten op zichzelf een adequate methode kan zijn om invulling te geven aan een open norm wil overigens niet zeggen dat er geen kritiek mogelijk is op de *toepassing* ervan. Zo is de wijze waarop de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi toepast niet altijd even inzichtelijk. Het komt nogal eens voor dat hij een opsomming van gezichtspunten geeft zonder dat er een directe koppeling plaatsvindt tussen de relevante gezichtspunten en de relevante feiten of zonder te trachten een rangorde in de gezichtspunten aan te brengen.<sup>54</sup> Als illustratief voorbeeld – er zijn er meer – noem ik het geval waarin een werknemer op staande voet was ontslagen en waarbij voor de vraag of het ontslag gerechtvaardigd is, relevant zijn

‘[...] de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, [...] de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als een dringende reden aanmerkt tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is’ (r.o. 3.5).<sup>55</sup>

In dit voorbeeld slaat men in mijn ogen door in de toepassing van gezichtspuntencatalogi. Het louter noemen van een dergelijke hoeveelheid gezichtspunten zonder daarin een zekere rangorde aan te brengen en zonder aan te geven welke feiten de gezichts-

51 Barendrecht 1992, p. 66-77 en p. 162 e.v. Zie ook Van den Brink 2002, p. 61-63 en Van Zaltbommel 1993, p. 165-166. Voorts Barendrecht 2000, p. 694-695. Anders en kritisch: Hesselink 1993; Schoordijk 1995. Zie ook hierna.

52 Weterings 2004, p. 130-131. Zo ook Hesselink 1993, p. 731.

53 Zie ook Barendrecht 1992, p. 170-190 en Van den Brink 2002, p. 62.

54 Overigens worden in de literatuur weinig voorstellen tot verbetering gedaan. Anders Barendrecht 1992, p. 170-190, die methoden als motivering van rechterlijke uitspraken, gevalsvergelijking en omstandighedencatalogi noemt om de nadelen van vage normen zoveel als mogelijk te ondervangen, alsmede Van den Brink 2002, p. 62, die als methode noemt het wegen van omstandigheden.

55 HR 22 februari 2002, *NJ* 2003, 174 (*Looijen/Jansen*). Zie voorts HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 190 (*P./Hema*). Vergelijk de opsomming van gezichtspunten die de Hoge Raad geeft om te beoordelen of de 30-jarige verjaringstermijn onaanvaardbaar is, zie bijvoorbeeld HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (*Van Hese/De Schelde*).

punten kleuren, maakt rechterlijke controle en normconform handelen van rechtssubjecten onnodig moeilijk.

Ook op de objectivering van normen is kritiek denkbaar. Het blijkt dat mensen, deskundigen niet uitgezonderd, bij het gebruikmaken van functionele vergelijkingen worden gehinderd door cognitieve beperkingen, in die zin dat het oordeel van mensen vaak wordt beïnvloed door de individuele gevolgen in het individuele geval.<sup>56</sup> Zo zullen mensen de waarschijnlijkheid van het intreden van schade ten gevolge van een gedraging hoger inschatten als de schade is ingetreden dan wanneer dit niet het geval is. Anders gezegd, mensen oordelen met de wijsheid achteraf (*hindsight bias*).

Deze *hindsight bias* kan leiden tot onrechtvaardige uitkomsten of tot uitkomsten waar geen (adequate) prikkel van uitgaat.<sup>57</sup> Daar waar bijvoorbeeld sprake is van een ongelukkige samenloop van omstandigheden die normaliter niet tot aansprakelijkheid leidt, kan de *hindsight bias* toch tot aansprakelijkheid leiden. Hier staat tegenover dat functionele vergelijkingen aansluiten bij de wijze waarop mensen in het dagelijks leven anderen beoordelen. Net als in het dagelijks leven maken mensen bij functionele vergelijkingen bijvoorbeeld gebruik van 'heuristics' (vuistregels).<sup>58</sup> Stereotypen zijn daar een voorbeeld van.

Met het voorgaande probeer ik niet de beperkingen van functionele vergelijkingen te bagatelliseren. Het is zonder meer zinvol te zoeken naar oplossingen die de cognitieve beperkingen ondervangen die zich bij functionele vergelijkingen voordoen. Een mogelijkheid is om op voorhand personen aan te duiden of indicaties te formuleren waarbij een zeker minimumniveau aan kennis of eigenschappen in beginsel wordt verondersteld.<sup>59</sup> Dit draagt behalve aan het tegengaan van cognitieve beperkingen ook bij aan de voorspelbaarheid (informatiewaarde) van de te ontwikkelen gezichtspuntencatalogus, terwijl de flexibiliteit behouden blijft omdat het gaat om indicaties. De voorspelbaarheid van de gezichtspuntencatalogus kan tevens worden vergroot door te onderzoeken of er een zekere rangorde in de gezichtspunten is aan te brengen. Het koppelen van de relevante feiten aan de relevante gezichtspunten kan alleen wanneer de gezichtspuntencatalogus wordt toegepast op een individueel geval. Of een dergelijke koppeling mogelijk is, onderzoek ik in *Deel III* wanneer ik de nieuwe criteria toepas op een aantal feitenconstellaties. Voor nu is het zinvol op zoek te gaan naar geobjectiveerde gezichtspunten die aansluiten bij de gedachte dat (i) het rekening houden met belangen van anderen begint op het moment dat die in het geding komen en (ii) van ongeoorloofdheid sprake kan zijn bij een (rechts)handeling, het beïnvloeden van de schuldenaar en een nalaten.

## 5 Conclusie

De conclusie is dat op zoek dient te worden gegaan naar geobjectiveerde gezichtspunten. Pas als deze in kaart zijn gebracht kan worden bekeken of het mogelijk is om daarmee een instrument te construeren dat ook aansluit bij de andere hoofdlijnen die uit het toetsingskader voortvloeien.

<sup>56</sup> Van Boom 2003a p. 9 e.v.

<sup>57</sup> Rachlinski 2005, p. 29.

<sup>58</sup> Rachlinski 2005, p. 18 alsook p. 15.

<sup>59</sup> Vergelijk Rachlinski 2005, p. 40.



## Inventariseren van gezichtspunten

### 1 Inleiding

Voordat ik onderzoek welke geobjectiveerde gezichtspunten aansluiten bij de hoofdlijnen die uit het toetsingskader voortvloeien, inventariseer ik welke gezichtspunten er überhaupt worden gebruikt om de (on)geoorloofdheid te beoordelen. Voor het Nederlandse recht gebeurde dit in *Deel I*, waar ik de geldende criteria analyseerde.

In dit hoofdstuk inventariseer ik welke gezichtspunten er in buitenlandse rechtssystemen worden gehanteerd. De gedachte hierachter is dat buitenlands recht inspiratie kan bieden voor het vinden van adequate gezichtspunten en de concretisering daarvan. Ik kies ervoor om ook gezichtspunten te bespreken die achteraf niet blijken aan te sluiten bij belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Dit doe ik om later te kunnen aantonen dat die andere gezichtspunten ook inderdaad niet aansluiten bij deze ontwikkelingen.

Waar het mij in dit hoofdstuk om gaat, is om een globale indruk te geven van de gezichtspunten en te onderzoeken hoe er in de rechtspraak in hoofdlijnen invulling aan wordt gegeven. Dit betekent dat ik het bespreken van casuïstiek en gedetailleerde analyses van bepalingen achterwege laat voor zover ze niet bijdragen aan het vinden van adequate gezichtspunten of de concretisering ervan. Kritiek behandel ik alleen voor zover deze betrekking heeft op de onwerkbaarheid van een bepaling.

Hierna begin ik met het behandelen van rapporten die door de *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral) en het *International Monetary Fund* (IMF) zijn uitgegeven. Daarin is getracht boven de verschillende aantastingsgronden uit de verschillende rechtssystemen uit te stijgen door uit de gedetailleerde bepalingen een aantal algemene kenmerken of typen criteria af te leiden. Uit deze rapporten tracht ik gezichtspunten te distilleren (*par. 2*), waarna ik, nadat ik kort de hoofdlijnen van het Duitse en Engelse recht heb geschetst (*par. 3-4*), aan de hand van deze rechtssystemen onderzoek hoe de gezichtspunten concreet (kunnen) worden uitgewerkt (*par. 5-12*).

Bij de bestudering van het buitenlands recht concentreer ik mij op gevaltypen die vergelijkbaar zijn met het gevaltype van de bestaande Nederlandse faillissementsprocedures. Ik laat gevaltypen die met behulp van andere instrumenten worden aangepakt, zoals bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid wegens selectieve betaling, dan ook buiten beschouwing. Ik veronderstel immers dat de bestaande Nederlandse criteria die deze situaties beoordelen, kunnen worden ingepast in het alternatieve instrument.<sup>1</sup> Bovendien kan ik niet beoordelen in hoeverre in die andere rechtssystemen er een samenhang bestaat tussen de verschillende gevaltypen.

---

<sup>1</sup> Het moet blijken of deze veronderstelling juist is. Zie nader hoofdstuk 8, paragraaf 6.



## 2 Uncitral / IMF rapporten

Mede naar aanleiding van een in 1999 verschenen publicatie van het IMF zijn in de voorbije jaren door de insolventierechtwerkgroep van Uncitral verschillende rapporten gepubliceerd die tot doel hebben ‘to foster and encourage the adoption of effective national corporate insolvency regimes’.<sup>2</sup> Daarin is tot een *model law* getracht te komen op het terrein van het insolventierecht, ook voor *transaction avoidance*.<sup>3</sup>

Het in 2005 verschenen rapport van Uncitral rubriceert de verschillende aantastingsgronden door ze onder te verdelen in subjectieve en geobjectieeerde normen. Daarbij wordt opgemerkt dat er in de verschillende landen allerlei combinaties van subjectieve en objectieve criteria worden gemaakt.<sup>4</sup> Juist die combinaties geven inzicht in welke criteria worden gehanteerd, en hoe subjectieve normen worden geobjectieeerd.

Subjectieve criteria manifesteren zich vooral in op intenties gerichte criteria, vooral op die aan de zijde van de schuldenaar; bij de wederpartij wordt vaak een zekere wetenschap vereist, zoals wetenschap van benadeling. Omdat intenties of wetenschap zonder (getuigen)verklaringen, voor zover aanwezig, moeilijk zijn vast te stellen, blijken veel landen subjectieve criteria te combineren met objectieve elementen.<sup>5</sup> Als indicaties voor ongeoorloofdheid worden onder meer genoemd ‘the relationship between the parties to the transaction’, de ‘financial condition before and after the transaction’, ‘the existence of a pattern or series’ en de ‘chronology of events’.<sup>6</sup>

Een vergaande vorm van objectivering is het gebruik van zogenaamde ‘verdachte perioden’, waarbij iedere benadeling die binnen zo’n periode plaatsvindt, a prima vista als ongeoorloofd wordt aangemerkt. Dergelijke verdachte perioden zijn soms arbitrair – benadelende handelingen binnen een verdachte periode hoeven niet altijd ongeoorloofd te zijn en zijn soms zelfs nuttig – en worden daarom vaak afgezwakt door het stellen van aanvullende materiële of processuele voorwaarden.<sup>7</sup> Het laatste gebeurt bijvoorbeeld door als (objectieve) eis te stellen dat de schuldenaar ten tijde van de benadeling insolvent moet zijn geweest, door het stellen van een (subjectieve) eis als wetenschap van benadeling, door het verdelen of omkeren van de bewijslast, of door de wederpartij de mogelijkheid te geven om de benadeling (op objectieve gronden) te rechtvaardigen, bijvoorbeeld omdat de benadelende handeling heeft plaatsgevonden ‘in the normal course of business’.<sup>8</sup>

Ik leid uit het voorgaande af dat, naast benadeling, intenties en wetenschap, ook verdachte perioden, de financiële toestand van de schuldenaar en de hoedanigheid van partijen gezichtspunten zijn die bij de beoordeling van een gedraging worden betrok-

2 Uncitral Rapport 2005, preface. Vergelijk IMF Rapport 1999, p. vii. Aan de Uncitralrapporten gaan een congres vooraf, waarvoor veel landen een vertegenwoordiger afvaardigen. Zo waren op de Uncitral-bijeenkomst in 2004 in New York vertegenwoordigd Australië, Wit Rusland, Kroatië, Cuba, Tsjechië, Vaticaan, Ierland, Libië, Madagascar, Mongolië, Nederland, Nigeria, de Filippijnen, Qatar, Zuid-Korea, Saoedi-Arabië, Servië en Montenegro, Zuid-Afrika, Zwitserland, Turkije, Venezuela en Vietnam, zie Uncitral Rapport 2004a, p. 5. Belangrijk is ook dat rapporten uiteindelijk door de Verenigde Naties worden gedragen.

3 Uncitral Rapport 2005.

4 Uncitral Rapport 2005, p. 137. Vergelijk IMF Rapport 1999, p. 35.

5 Uncitral Rapport 2005, p. 138. Vergelijk IMF Rapport 1999, p. 35.

6 Uncitral Rapport 2005, p. 142.

7 Bijvoorbeeld IMF Rapport 1999, p. 35.

8 Uncitral Rapport 2004b, p. 123–124, p. 127 en p. 128.

ken. Voorts blijkt ook de gebruikelijkheid (of normaliteit) een relevant gezichtspunt, getuige criteria als ‘in the *normal* course of business’, ‘the lack or *inadequacy* of the value received for the transaction’, ‘the existence of a *pattern or series*’ en ‘the *chronology of events*’. Tot slot stel ik vast dat ook het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte (rechts)handeling een belangrijk gezichtspunt is. Dit onderscheid wordt weliswaar niet zozeer in verband gebracht met subjectieve en objectieve criteria, maar is in veel rechtsstelsels wél van invloed op de beantwoording van de vraag of een gedraging al dan niet geoorloofd is. Die invloed blijkt met name uit het feit dat het aantasten van *transactions at undervalue* zoals schenkingen vaak eenvoudiger is dan het aantasten van *preferences* (betalingen).<sup>9</sup>

Hoe de verschillende gezichtspunten worden uitgewerkt behandel ik hierna wanneer ik het Duitse en Engelse recht analyseer. Ik onderzoek hoe en in welke rechtsstelsels genoemde gezichtspunten zich manifesteren en hoe zij nader worden geconcretiseerd. Achtereenvolgens behandel ik, in willekeurige volgorde, benadeling (*par. 5*), de verdachte periode (*par. 6*), de financiële toestand van de schuldenaar (*par. 7*), intenties (*par. 8*), wetenschap (*par. 9*), de hoedanigheid van partijen (*par. 10*), het onderscheid verplicht-onverplicht (*par. 11*) en de gebruikelijkheid (of normaliteit) (*par. 12*).

Omdat ik in het vervolg van dit hoofdstuk het Duitse en Engelse recht analyseer, begin ik met een korte introductie van de *Insolvenzordnung* (*par. 3*) en de *Insolvency Act* (*par. 4*), die de belangrijkste regelgeving op het terrein van de faillissementspauliana bevat. Daarin komt kort aan de orde wat in de twee landen de aanleiding is geweest om tot een herziening van hun insolventiewetgeving over te gaan en, toegespitst op deze studie, in welke aantastingsgronden de herziening heeft geresulteerd. Ik beperk mij in deze paragrafen tot een weergave van de bepalingen. Een nadere analyse van de hiervoor weergegeven onderwerpen volgt in de paragrafen 5 tot en met 12. Tenzij anders aangegeven, draagt de curator de bewijslast van de verschillende vereisten.

### 3 Duitsland

#### 3.1 Introductie en achtergronden

De in 1994 opgestelde en in 1999 in werking getreden Duitse *Insolvenzordnung* (InsO) stelt normen aan de hand waarvan benadelingen vóór een insolventieprocedure worden beoordeeld. De relevante bepalingen zijn neergelegd in §§ 129-147 InsO en volgen de uit 1877 en 1990/1991 stammende regels van de *Konkursordnung* respectievelijk de *Gesamtvollstreckungsordnung* (GO) op.<sup>10</sup>

De *Insolvenzordnung* bracht een nieuw regime ten aanzien van *Insolvenzanfechtung*. Dat was vooral geïnspireerd door een in 1978 verschenen empirisch onderzoek, waarin de onderzoekers onder meer hadden geconcludeerd dat *Konkursrechtliche Anfechtungen* weinig succesvol waren.<sup>11</sup> Zo bleek dat in van de 69 onderzochte processen slechts 9 vorderingen waren toegewezen en er in 18 gevallen een schikking was getroffen.<sup>12</sup> On-

<sup>9</sup> Bijvoorbeeld IMF Rapport, p. 36.

<sup>10</sup> Trunk 2000, p. 37.

<sup>11</sup> Lind 2005, p. 18; Trunk 2000, p. 45. Voor het empirisch onderzoek zie Gessner/Rhode/Strate/Ziegert 1978.

<sup>12</sup> Gessner/Rhode/Strate/Ziegert 1978, p. 38.

derzoek onder 270 *Konkursverwaltern* wees uit dat bewijsproblemen (54%) en geldgebrek (36%) de voornaamste oorzaken waren voor niet-succesvol procederen, terwijl 5% te kennen gaf geen bezwaren te zien.<sup>13</sup> De herziening heeft dan ook geleid tot het vereenvoudigen van de bewijslast. Ook gelden er langere termijnen waarbinnen handelingen kunnen worden aangetast.<sup>14</sup> Kortom, de veranderingen van de *Insolvenzordnung* ten opzichte van de *Konkursordnung* en de *Gesamtvollstreckungsordnung* komen in de kern neer op het oplossen van praktische problemen door het vereenvoudigen van het aantasten van benadelende gedragingen.<sup>15</sup>

### 3.2 Relevante aantastingsgronden

De §§ 129–147 InsO bevatten thans hoofdzakelijk vijf aantastingsgronden, te weten § 130 InsO (*kongruente Deckung*), § 131 InsO (*inkongruente Deckung*), § 132 (*unmittelbar nachteilige Rechtshandlung*), § 133 InsO (*vorsätzliche Benachteiligung*) en § 134 InsO (*unentgeltliche Leistung*).<sup>16</sup>

#### *Kongruente Deckung* (§ 130 InsO)

Het onderscheid kongruent–inkongruent is in zekere zin vergelijkbaar met het onderscheid verplicht–onverplicht: belangrijk is of ten tijde van de *Deckung* de vordering opeisbaar was. Om een *kongruente Befriedigung* of *Sicherung*<sup>17</sup> (samen: *Deckung*) aan te tasten, dient deze te hebben plaatsgevonden drie maanden vóór de *Eröffnungsantrag*<sup>18</sup> of daarna. Voorts moet de schuldeiser die de betaling ontving ten tijde daarvan wetenschap hebben gehad van ofwel de betalingsonmacht aan de zijde van de schuldenaar ofwel de *Eröffnungsantrag*.

#### *Inkongruente Deckung* (§ 131 InsO)

§ 131 InsO stelt minder strenge eisen. Indien een verbintenis wordt nagekomen op een andere wijze dan oorspronkelijk overeengekomen, zoals bij inbetalinggevingen en zekerheidsstellingen waartoe de schuldenaar niet verplicht was of bij niet-opeisbare vorderingen, kan deze in drie situaties worden aangetast. Ten eerste indien de betaling in de maand voorafgaand aan de *Eröffnungsantrag* of daarna heeft plaatsgevonden. Een zekere wetenschap is dan niet vereist. Ten tweede wanneer de *Deckung* twee of drie maanden vóór de *Eröffnungsantrag* is verricht en de schuldenaar in die tijd ofwel *Zahlungsunfähig* was – wetenschap is hierbij geen vereiste – ofwel de schuldeiser ten tijde van het verrichten van de handeling wetenschap had van de omstandigheid dat hij schuldeisers benadeelde.

<sup>13</sup> Gessner/Rhode/Strate/Ziegert 1978, p. 215.

<sup>14</sup> Hess/Weis/Wienberg 2001, § 131, nr. 3; Trunk 2000, p. 39; Dauernheim 1999, p. 35. Dit terwijl slechts 2% van de ondervraagde curatoren kritiek op de lengte van de termijnen had, zie Gessner/Rhode/Strate/Ziegert 1978, p. 38.

<sup>15</sup> Trunk 2000, p. 39, alsmede noot 12 op die pagina voor verdere verwijzingen; Dauernheim 1999, p. 35.

<sup>16</sup> De andere gronden (§§ 135–137 InsO) zien op specifieke situaties als betalingen aan een borg, handelingen door een ‘stille vennootschap’ of ‘Wechsel und Scheckzahlungen’.

<sup>17</sup> Naast een zekerheidsstelling dient hieronder ook te worden verstaan een verrekening vóór een insolventieprocedure, een inbetalinggeving, een schuldoverneming en een betaling door een derde, zie Dauernheim 1999, p. 57. Vergelijk Jaeger/Henckel 1997, § 30, nr. 229; BGH 9.1.2003, <http://www.rws-verlag.de/bgh-free/volltext6/vo90905.htm> (laatst geraadpleegd op 19 juni 2006).

<sup>18</sup> Kort gezegd de aanvraag tot het openen van een insolventieprocedure.

*Unmittelbar nachteilige Rechtshandlung (§ 132 InsO)*

De derde aantastingsgrond is § 132 InsO, dat ziet op de beoordeling van een *unmittelbar nachteilige Rechtshandlung*. Voorbeelden zijn de verkoop beneden of aankoop boven de werkelijke waarde van het goed door de schuldenaar. Net als onder § 130 en § 131 InsO kunnen ook betalingen worden aangetast. Deze bepaling stelt een *Benachteiligung* als voorwaarde, die *unmittelbar* moet zijn geweest, dat wil zeggen dat de *Benachteiligung* rechtstreeks door de handeling moet zijn veroorzaakt en niet door eventuele latere omstandigheden.<sup>19</sup> Ook hier is tevens vereist dat de handeling drie maanden vóór de *Eröffnungsantrag* danwel erna heeft plaatsgevonden en de wederpartij ten tijde van de handeling wetenschap droeg van ofwel de *Zahlungsunfähigkeit* van de schuldenaar ofwel de *Eröffnungsantrag*. De criteria van § 132 InsO komen daarmee nagenoeg overeen met die van § 130 InsO.

*Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)*

§ 133 InsO bepaalt dat handelingen kunnen worden aangetast die tien jaar voorafgaand aan de *Eröffnungsantrag* hebben plaatsgevonden en waarbij de schuldenaar de *Vorsatz* (kort gezegd: de opzet) had zijn schuldeisers te benadelen, terwijl zijn wederpartij van die bedoeling op de hoogte was. Die wetenschap houdt in dat het voor de wederpartij kenbaar was dat er sprake was van een dreigende betalingsonmacht aan de zijde van de schuldenaar en dat schuldeisers door de handeling zouden worden benadeeld.

*Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)*

Een *unentgeltliche Leistung* is iedere prestatie waar geen prestatie tegenover staat, zoals een schenking, een schuldoverneming (zonder tegenprestatie), het voldoen van een vordering van een ander of het afstand doen van een recht. Om een *unentgeltliche Leistung* aan te tasten is voldoende dat deze heeft plaatsgevonden vier jaar voorafgaand aan de *Eröffnungsantrag*. Als uitzondering wordt genoemd een *gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk geringen Werts*, waarbij vooral wordt gekeken naar omstandigheden als de waarde van prestatie<sup>20</sup> en de morele noodzaak.<sup>21</sup>

## 4 Engeland

### 4.1 Introductie en achtergronden

Een belangrijke reden om de *Bankruptcy Act 1914* te herzien, de voorloper van de *Insolvency Act 1986* (IA 1986), was om het historisch onderscheid tussen de separate procedures van het faillissement van een natuurlijk persoon (*bankruptcy*) en die van een rechtspersoon (*liquidation and administration of corporate insolvency*) op elkaar te laten aansluiten.<sup>22</sup> Hoewel nog altijd in verschillende bepalingen ondergebracht, zijn de regels

<sup>19</sup> Eickmann e.a. 2003, § 129, nr. 62; Hess/Weis/Wienberg 2001, § 132, nr. 43; Dauernheim 1999, p. 73. Zie voorts Deel I, hoofdstuk 2, paragraaf 3.

<sup>20</sup> Als richtlijn worden bedragen van ca. € 50 tot € 100 genoemd, zie bijvoorbeeld Hess/Wein/Wienberg 2001, § 134, nr. 61 en Dauernheim 1999, p. 86.

<sup>21</sup> § 134 (2) InsO. Hierover Hess/Wein/Wienberg 2001, § 134, nr. 57-59 en Dauernheim 1999, p. 86. Voorts Eickmann e.a. 2003, § 134, nr. 16 e.v.

<sup>22</sup> Fletcher 1994, p. 297.

over aantasting voor natuurlijke personen en rechtspersonen onder de IA 1986 daarom in hoofdlijnen gelijk geworden.<sup>23</sup>

Met de invoering van de IA 1986 op 29 december 1986 hebben de regels die zien op *transaction avoidance* een aantal wezenlijke veranderingen ondergaan. De meest fundamentele is dat de ratio van de bepalingen onder de IA 1986 een andere is dan voorheen. Mede door de *Insolvency Law Review Committee (Cork Committee)*, destijds belast met de advisering over de herziening van de Engelse insolventiewetgeving, lijkt de lang gehuldigde gedachte verlaten dat schuldeisers moeten worden beschermd tegen frauduleuze handelingen.<sup>24</sup> Deze zou op onderdelen plaats hebben gemaakt voor het *pari passu principle*, oftewel de gedachte dat ook vóór het faillissement rekening moet worden gehouden met de in faillissement geldende rangorde tussen schuldeisers onderling.<sup>25</sup>

De verandering lijkt echter louter theoretisch van aard. Er wordt gesteld dat de IA 1986 niet tot wezenlijke veranderingen heeft geleid, hetgeen te maken zou hebben met de omstandigheid dat uit het *pari passu principle* geen concrete normen voortvloeien.<sup>26</sup> De fundamentele kritiek blijkt met name uit de gelijkenis van de bestaande bepalingen met de vóór 1986 geldende regels:

‘[...] every ground of avoidance in the Insolvency Act is derived from earlier legislation and each ground has been individually modified at different times but without any attempt to re-work the avoidance provisions into a coherent whole’.<sup>27</sup>

Bij deze kritiek sluit aan de constatering dat de herziening voornamelijk heeft meegebracht dat de onvolkomenheden van de verouderde bepalingen zijn weggenomen. Die onvolkomenheden bleken bijvoorbeeld uit het archaïsch taalgebruik van een aantal bepalingen, zoals in het geval van section 42 Bankruptcy Act 1914, waarin er van uit werd gegaan dat de schuldenaar een man was.<sup>28</sup> Daarnaast bestond de opvatting dat de wet geen adequate instrumenten bood om ongeoorloofde handelingen in het zicht van een faillissement tegen te gaan.<sup>29</sup> De IA 1986 moest daarom eenvoudigere regels bieden.<sup>30</sup> De *Insolvency Law Review Committee* had in 1982 daartoe een aantal aanbevelingen gedaan, die voor een groot deel zijn terug te vinden in de IA 1986.<sup>31</sup> Met de kritiek is tot op heden echter weinig gedaan.

---

23 Fletcher 1994, p. 297.

24 Cork Report 1982, p. 275 (nr. 1209).

25 Cork Report 1982, p. 275-276 (nr. 1209). Voorts Goode 1997, p. 344. Vergelijk Fletcher 1994, p. 297, 298. Zo ook Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 1-2 (nr. 1.2).

26 Goode 1997, p. 346-347, onder verwijzing naar Keay 1996, die hetzelfde betoogt voor Australië. Voorts Goode 1997, p. 441.

27 Goode 1997, p. 347-348.

28 Cork Report 1982, p. 279 (nr. 1226).

29 Fletcher 2002, p. 232 (nr. 8-060); Fletcher 1994, p. 298-299; Cork Report 1982, pp. 276-277, 279, 284 (nr. 1212, 1215, 1226, 1249).

30 Bijvoorbeeld Cork Report 1982, pp. 284, 286-287 (nr. 1249, 1257, 1262, 1265).

31 Voor een overzicht van de aanbevelingen, zie Cork Report 1982, p. 291-294 (nr. 1283-1288).

## 4.2 Relevante aantastingsgronden

De IA 1986 kent hoofdzakelijk drie aantastingsgronden, te weten section 238 & 339 (*transaction at undervalue*), section 423 (*transaction defrauding creditors*) en section 239 & 340 IA 1986 (*preference*).<sup>32</sup>

### *Transaction at undervalue (s.238 & 339 IA 1986)*

*Transactions at undervalue* zijn handelingen waarbij de waarde van de ene verbintenis die van de andere verbintenis overtreft of handelingen waar geen prestatie tegenover staat, zoals giften, verkopen beneden en aankopen boven de werkelijke waarde van het verkochte goed, alsmede het kwijtschelden of afstand doen van schulden zonder dat daar een tegenprestatie voor staat.<sup>33</sup>

In het licht van het *pari passu* beginsel en de beoogde versoepeling van de verschillende bepalingen is het aantasten van *transactions at undervalue* vergaand vereenvoudigd. Daar waar onder section 172 Law of Property Act 1925 nog een *intention to defraud creditors* was vereist<sup>34</sup>, is deze eis in 1986 komen te vervallen. Thans is voor aantasting voldoende dat de *transaction at undervalue* binnen een bepaalde periode vóór het faillissement heeft plaatsgevonden, te weten – in *bankruptcy* – vijf jaren vóór de dag volgend op die waarop de faillissementsaanvraag is gedaan<sup>35</sup> en – in *corporate insolvency* – twee jaar vóór de *onset of insolvency*<sup>36</sup>. Dit mits de schuldenaar ten tijde van de handeling insolvent was, maar ongeacht de intenties van de betrokken partijen.

### *Transaction defrauding creditors (s.423 IA 1986)*

De waarschijnlijk oudste voorziening staat in section 423 IA 1986, die ziet op de beoordeling van *transactions defrauding creditors*.<sup>37</sup> Deze bepaling heeft eveneens betrekking op het aantasten van *transactions at undervalue* en behelst voornamelijk een actualisering van section 172 Law of Property Act. Zo moet het onder section 423 IA 1986 gaan om een *transaction at undervalue* en niet langer om een *fraudulent conveyance*, waarvan niet precies duidelijk was wat het betekende.<sup>38</sup>

Section 423 IA 1986 wijkt op twee punten af van de hiervóór besproken sections 238 en 339 IA 1986. Ten eerste ontbreekt de eis dat de transaction moet zijn verricht binnen een bepaalde periode van het faillissement. Ten tweede eist de bepaling dat, in tegenstelling tot de sections 238 & 339 IA 1986 er sprake moet zijn van een *purpose to*

32 De andere gronden zien op specifieke handelingen als 'extortionate credit transactions' (wanverhouding tussen het verleende krediet en de prijs die ervoor wordt betaald), 'floating charges' (generieke zekerheidsrechten) en 'unenforceability of liens on books etc.' (executie van pandrecht op boeken e.d.).

33 S.436 jo. s.238(4)(a), s.339(3)(a) en s.238(4)(b), s.339(3)(c) IA 1986. Voorts Parry 2001, p. 74 (nr. 4.09).

34 Vergelijk Cork Report 1982, p. 276 (nrs. 1210-1212) jo. 278-279 (nrs. 1221-1227). Voorts Parry 2001, p. 72 (nr. 4.02). In theorie bestond voorts nog de mogelijkheid om een beroep te doen op section 42 Bankruptcy Act 1914, maar daar vielen slechts een beperkt aantal handelingen onder; zo konden schenkingen in geld en handelingen met een irreële tegenprestatie niet worden aangetast, tenzij er te kwader trouw werd gehandeld, zie Cork Report 1982, p. 279 (nr. 1226). Voorts Fletcher 1994, p. 302.

35 S.341(1)(a) IA 1986. Het moet daarbij gaan om de faillissementsaanvraag op basis waarvan de schuldenaar daadwerkelijk 'bankrupt' is verklaard.

36 S.240(1)(a). De 'onset of insolvency' is kort gezegd het moment dat *administration* is aangevraagd danwel dat met de *winding up* wordt aangevangen (IA 1986 s.240(3)).

37 Deze voorziening is waarschijnlijk terug te voeren tot de middeleeuwen, zie Parry 2001, p. 226 (nr. 10.03); Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 96 (nr. 3.6).

38 Zie nader Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 97 (nr. 3.7).

*prejudice creditors*. Section 423 IA 1986 is dus in zekere zin complementair aan sections 238 & 339 IA 1986, in die zin dat zij ruimte geeft om transacties aan te tasten die buiten de perioden vallen waartoe andere bepalingen zich beperken.

#### *Preference (s.239 & 340 IA 1986)*

Voor het aantasten van zowel een opeisbare als een niet-opeisbare betaling dient aan drie vereisten te zijn voldaan. Ten eerste moet het gaan om een *factual preference*, een betaling waardoor de schuldeiser zich onttrekt aan of een betere positie krijgt in de rangorde dan wanneer de betaling niet had plaatsgevonden.<sup>39</sup> Ten tweede dient de *preference* zes maanden voor de *onset of insolvency* te hebben plaatsgevonden<sup>40</sup> en, ten derde, moet de schuldenaar zijn *influenced by a desire to prefer*.

## 5 Benadeling

In welke gevallen vinden de verschillende gezichtspunten nu toepassing en hoe worden zij nader geconcretiseerd?

Evenals naar Nederlands recht staat het benadelingsvereiste in het Duitse en Engelse recht centraal, in die zin dat het een voorwaarde vormt voor het aantasten van handelingen. § 129 InsO bepaalt dit nadrukkelijk, terwijl het onder de IA 1986 volgt uit het gebruik van termen als *undervalue* en *preference*.

In *Duitsland* is van belang of de verhaalsposities van de schuldeisers door de handeling zijn gewijzigd in voor hen negatieve zin, waarbij het geen verschil maakt of door de handeling de bezittingen zijn afgenomen, het vreemd vermogen is toegenomen of bepaalde goederen met zekerheidsrechten zijn bezwaard.<sup>41</sup> Steeds dient de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte handeling, te worden vergeleken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast blijft.<sup>42</sup> Zo is er geen *Benachteiligung* indien een schuldeiser of zekerheidsgerechtigde wordt voldaan, mits hij niet meer verkrijgt dan hij in een *Insolvenzverfahren* zou hebben gekregen.<sup>43</sup>

Voor de meeste van de hiervoor in paragraaf 3.2 genoemde aantastingsgronden volstaat een *mittelbare Benachteiligung*.<sup>44</sup> Dit wil zeggen dat de *Benachteiligung* niet rechtstreeks door een handeling hoeft te zijn veroorzaakt.<sup>45</sup> Zij mag ook later intreden, uiterlijk aan het slot van de bij de feitenrechter aanhangig gemaakte procedure.<sup>46</sup> Het

39 Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 139-140 (nr. 4.28).

40 S.240(1)(a) IA 1986. Twee jaar in het geval van gelieerde personen, zie s.240(1)(b).

41 Zie, ook voor verdere verwijzingen, BGH 27.5.2003, ZIP 2003, 1506; BGH 11.11.1993, BGHZ 124, 76 (78-79); Hess/Weis/Wienberg 2001, § 129 Nr. 56; Dauernheim 1999, p. 45. Vergelijk hoofdstuk 2. Overigens kan naar Duits recht een benadeling zowel uit een handelen als uit een nalaten bestaan. Ik beperk mij echter tot handelingen, omdat de gevallen die onder een nalaten vallen zeer beperkt zijn; het moet gaan om gevallen als die waarin de schuldenaar een vordering heeft laten verjaren, zie Hess/Weis/Wienberg 2001, § 129, nrs. 18-21.

42 Braun 2004, § 129, nr. 23 jo. nr. 31-32, onder verwijzing naar rechtspraak.

43 Vergelijk OLG Düsseldorf 30.3.1995, WM 1997, 913.

44 Uitgezonderd zijn § 132 abs. 1 en § 133, abs. 2.

45 Braun 2004, § 129, nr. 24; Hess/Weis/Wienberg 2001, § 129, nr. 75 e.v.; Dauernheim 1999, p. 49; Kuhn/Uhlenbruck 1994, § 29, nr. 24. Vergelijk hoofdstuk 2, paragraaf 3. Alleen § 132 en § 133 (2) InsO eisen een 'unmittelbare Benachteiligung'.

46 Hess/Weis/Wienberg 2001, § 129, nr. 76. Dauernheim 1999, p. 50 noemt als specifiek tijdstip het moment dat de laatste mondelinge behandeling bij de feitenrechter heeft plaatsgevonden.

causaal verband tussen de handeling en de benadeling zal dan echter moeilijk aan te tonen zijn.<sup>47</sup>

In *Engeland* vloeit de benadelingseis impliciet voort uit de wijze waarop aantastingsgronden worden geduid. Bij *transactions at undervalue* volgt zij uit de aard van de handeling en uit de eis van *undervalue*. Die *undervalue* dient *significant* te zijn en vanuit het perspectief van de schuldenaar te worden beoordeeld.<sup>48</sup> Het is onduidelijk of een middellijke benadeling voldoende is.<sup>49</sup>

Het vaststellen van de waarde van de verbintenissen gebeurt aan de hand van de *market value test*<sup>50</sup>; wat zou de persoon die over voldoende kennis en informatie beschikt voor de prestatie hebben betaald?<sup>51</sup> Daarnaast zijn met name nog twee factoren relevant om de *undervalue* vast te stellen, te weten (i) de in verband met de financiële positie bestaande noodzaak van de schuldenaar voor de transaction en (ii) de consequenties voor de financiële positie van de schuldenaar.<sup>52</sup> Het laatste brengt bijvoorbeeld mee dat een voor de bedrijfsvoering essentiële machine die tegen een reële waarde is verkocht kan worden teruggevorderd.<sup>53</sup>

De benadelingseis bij *preferences* blijkt uit de eis van een *factual preference*. Het moet daarbij gaan om nakoming van een verbintenis waardoor de verhaalsmogelijkheden voor één of meerdere schuldeisers verminderen en waardoor een *creditor* (schuldeiser), *surety* (zekerheidsgerechtigde) of *guarantor* (borgsteller) een *better position* verkrijgt. In aanmerking voor aantasting komen dan ook (gedeeltelijke) voldoeningen van schulden, zekerheidsstellingen<sup>54</sup>, maar ook inbetalinggevingen en het retourneren van goederen die aan de schuldenaar zijn geleverd maar niet zijn afbetaald.<sup>55</sup> Om vast te stellen of een handeling daadwerkelijk een *factual preference* is, dient ook hier de situatie met en zonder de handeling met elkaar te worden vergeleken.<sup>56</sup>

Uit rechtspraak volgt, tot slot, dat voor *preferences* de leer van de onmiddellijke benadeling wordt gevolgd: de *better position* wordt bepaald op het hypothetische moment dat het faillissement van de schuldenaar direct na de *preference* wordt uitgesproken.<sup>57</sup>

47 Vergelijk Hess/Weis/Wienberg 2001, § 129, nr. 80; Dauernheim, p. 47; Jaeger/Henckel 1997, § 129, nr. 85 e.v.

48 *Re MC Bacon Ltd* [1990] BCLC 324, bevestigd in *National Bank of Kuwait v Menzies Ltd* [1994] 2 BCLC 306; *Agricultural Mortgage Corporation v Woodward* [1995] 1 BCLC 1; *Philips v Brewin Dolphin Bell Laurie Ltd* [2001] 1 WLR 143, HL.

49 Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 75-78 (nr. 2.104-2.109).

50 Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 72 (nr. 2.94).

51 *Re Brabon* [2001] 1 BCLC 11; *Philips v Brewin Dolphin Bell Laurie Ltd* [2001] 1 WLR 143, HL.

52 Parry 2001, p. 93-94 (nr. 4.83) resp. p. 95-96 (nr. 4.89-4.94).

53 Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 69 (nr. 2.84). Vergelijk *Agricultural Mortgage Corporation v Woodward* [1995] 1 BCLC 1.

54 Bijvoorbeeld *Re MC Bacon Ltd* [1990] BCC 78.

55 Voor inbetalinggevingen zie Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 141 (nrs. 4.31). Voor de overige handelingen Cork Report 1982, p. 275 (nr. 1208); Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 139-142 (nrs. 4.28-4.34); Parry 2001, p. 126 (nr. 5.13).

56 S.239(4) resp. s.340(3) IA 1986. Vergelijk HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*).

57 *Re FP & CH Matthews Ltd* [1982] 2 WLR 495, CA; *Re Ledingham-Smith* [1993] BCLC 635. Vergelijk Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 139 (nr. 4.27) en p. 145 (nr. 4.41); Parry 2001, p. 140 (nr. 5.65); Goode 1997, p. 393-394. Voor de opvatting van de middellijke benadeling zie Parry 2001, p. 141-144 (nrs. 5.66-5.75).



## 6 Verdachte perioden

Zowel het Duitse als Engelse recht bepalen dat bepaalde handelingen alleen kunnen worden aangetast indien ze hebben plaatsgevonden binnen een ‘verdachte periode’ vóór het faillissement. Zo’n periode, die noodzakelijk zou zijn in verband met de rechtszekerheid<sup>58</sup>, komt men vooral tegen bij aantastingsgronden die betrekking hebben op betalingen.

De verdachte perioden gaan in *Duitsland* terug tot maximaal drie maanden vóór het openen van een insolventieprocedure (tien jaar bij § 133 InsO). Dit geldt voor zowel een *kongruente* als voor een *inkongruente Deckung*. Voorts worden daarbij, afhankelijk van wanneer de betaling heeft plaatsgevonden, aanvullende eisen gesteld als *Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit* aan de zijde van de aangesproken wederpartij. Overigens valt uit rechtspraak af te leiden dat het moeilijk is om ‘tijdrekken’ – men zorgt ervoor dat de termijn tussen de Deckung en het faillissement langer is dan drie maanden – aan te pakken.<sup>59</sup>

In *Engeland* geldt voor het aantasten van *preferences* in beginsel een termijn van zes maanden, teruggerekend van de *onset of insolvency*<sup>60</sup> respectievelijk de uitspraak van *bankruptcy*.<sup>61</sup> Voor aan de schuldenaar verbonden personen, waarover meer in paragraaf 10, is die termijn twee jaar in plaats van zes maanden.<sup>62</sup>

## 7 Financiële toestand schuldenaar

Voorts wordt zowel in Duitsland als in Engeland de financiële toestand ten tijde van het verrichten van de benadelende handeling relevant geacht. In *Duitsland* geldt dat van ongeoorloofdheid geen sprake kan zijn zolang het vermogen van de schuldenaar na de gewraakte handeling toereikend is om alle schuldeisers te betalen.<sup>63</sup> De plicht om rekening te houden met de belangen van (andere) schuldeisers kan dan ook pas beginnen vanaf het moment dat de schuldenaar in financiële moeilijkheden komt te verkeren. Zo eisen de §§ 130-133 InsO een *Zahlungsunfähigkeit* aan de zijde van de schuldenaar op het moment van het verrichten van de handeling die tot benadeling van schuldeisers leidt.

Van *Zahlungsunfähigkeit* is in de regel sprake wanneer de schuldenaar verkeert in een toestand waarin hij heeft opgehouden te betalen.<sup>64</sup> Dit criterium verschilt van dat onder de *Konkursordnung*, waar een *Zahlungseinstellung* (kort gezegd het stopzetten van betalingen) was vereist.<sup>65</sup> De verandering ten opzichte van de *Konkursordnung* is dat de

58 Bijvoorbeeld Cork Report 1982, nr. 1259 e.v. (p. 286-287).

59 Zie BGH 10.2.2005, IX ZR 211/02, te raadplegen via <http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2005-2&nr=31868&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf> (laatst geraadpleegd op 19 juni 2006).

60 De ‘onset of insolvency’ is als gezegd het moment dat het faillissement is aangevraagd danwel is uitgesproken (IA 1986 s.240(3)).

61 S.240(1)(b) resp. s.341(1)(c) IA 1986. Vergelijk Cork Report 1982, p. 286 (nr. 1260).

62 S.240(1)(a) IA 1986 resp. s.341(1)(b) IA 1986.

63 Hess/Weis/Wienberg 2001, § 129, nr. 68. Anders §§ 131(1) onder 1 en 134 InsO, waar de financiële toestand niet als vereiste wordt genoemd, maar waar deze in de gestelde termijnen als het ware als slecht wordt verondersteld.

64 § 17 Abs. 2 InsO. Vergelijk art. 1 lid 1 Fw.

65 Hess/Weis/Wienberg 2001, § 130, nr. 15.

betalingsonmacht niet van lange duur hoeft te zijn, maar dat voldoende is dat er op korte termijn geen reëel vooruitzicht bestaat op inkomsten die verandering kunnen brengen in de betalingsonmacht.<sup>66</sup> In de praktijk wordt *Zahlungsunfähigkeit* voornamelijk aangenomen in situaties waarin de schuldenaar niet meer aan een wezenlijk deel van zijn verplichtingen kan voldoen.<sup>67</sup> Dit is bijvoorbeeld het geval indien er een liquiditeitstekort van meer dan 10% is.<sup>68</sup> Een indicatie daarvoor is het stopzetten van de bedrijfsactiviteiten.<sup>69</sup>

In Engeland geldt een soortgelijke eis. Daar is vereist dat de schuldenaar ten tijde van het verrichten van de benadelende handeling zijn schulden niet kon betalen (*unable to pay his debts*) danwel in deze toestand raakte door de handeling.<sup>70</sup> De Engelse wetgever heeft aan het begrip *unable to pay his debts* een concrete invulling willen geven door in section 123 richtlijnen te geven om deze toestand vast te stellen. De voornaamste twee zijn de *balance sheet test*<sup>71</sup> en de *cash flow test*<sup>72</sup>. De eerste – de *balance sheet test* – komt neer op het beantwoorden van de vraag of de waarde van de bezittingen lager is dan de hoogte van de schulden, waarbij rekening wordt gehouden met mogelijke toekomstige opbrengsten en schulden. Aan de *cash flow test* is voldaan indien de schuldenaar ten tijde van het verrichten van de transaction niet in staat was met zijn beschikbare liquide middelen zijn opeisbare schulden te voldoen. Het verschil tussen de twee testen is dat

‘[a] company may be at the same time insolvent as wealthy. It may have wealth locked up in investments not presently realisable; but although this be so, yet if it have not assets available to meet its current liabilities it is commercially insolvent and may be wound up’.<sup>73</sup>

Voorts noemt de IA 1986 een aantal meer geconcretiseerde omstandigheden aan de hand waarvan kan worden vermoed of aan de eis van insolventie is voldaan. Zo wordt insolventie verondersteld indien de schuldenaar niet heeft kunnen voldoen aan een *debt enforcement*, bijvoorbeeld in het geval een schuldeiser een executoriale titel heeft verkregen en desondanks zijn vordering niet (geheel) kan verhalen.<sup>74</sup>

## 8 Intenties

Het blijkt dat aantastingsgronden nog altijd vaak zijn gebaseerd op de gedachte dat de schuldenaar een zekere intentie moet hebben gehad. Dit geldt met name voor Engeland, in het bijzonder voor section 423 IA 1986, dat een *purpose to prejudice creditors* eist.

66 Hess/Weis/Wienberg 2001, § 130, nr. 17 en § 130, nr. 19; Dauernheim 1999, p. 61.

67 Hess/Weis/Wienberg 2001, § 130, nr. 22 en aldaar genoemde jurisprudentie.

68 Uitgebreider BGH 24.5.2005, ZIP 2005, 1426.

69 Hess/Weis/Wienberg 2001, § 130, nr. 23.

70 S.240(2)(a) en s.341(2)(a) IA 1986 resp. s.240(2)(b) en s.341(2)(b) IA 1986. Deze aanvullende eis wordt niet gesteld in het geval van een *transaction at undervalue* in *bankruptcy* die twee jaar vóór de faillissementsaanvraag heeft plaatsgevonden, zie s.341(2) IA 1986.

71 S.240(2)(a) IA 1986 jo s.123(2) IA 1986. De term *balance sheet test* is ontleend aan Fletcher 1994, p. 304 en Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 49 (nr. 2.35).

72 S.240(2)(a) IA 1986. De term *cash flow test* is ontleend aan Fletcher 1994, p. 304 en Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 50 (nr. 2.39).

73 Aangehaald in *Re Tweeds Ganges Ltd* [1962] 2 WLR 38.

74 S.123(1)(b) IA 1986.

Van deze *purpose to prejudice*, die bij de schuldenaar<sup>75</sup> aanwezig dient te zijn en waarbij de al dan niet bestaande goede trouw bij de wederpartij irrelevant is<sup>76</sup>, kan in twee gevallen sprake zijn: indien de schuldenaar activa buiten het verhaalsbereik van gerechtigden heeft gebracht of wanneer hij op een andere wijze de belangen van die gerechtigde heeft gefrustreerd.<sup>77</sup>

De *purpose* moet worden beoordeeld aan de hand van de *actual intention* van de schuldenaar.<sup>78</sup> Dit blijkt een moeilijk te bewijzen criterium, zodat het succes van de aantastingsgrond beperkt blijft tot situaties waarin de handeling is verricht met gelieerde personen en kort voor het faillissement van de schuldenaar heeft plaatsgevonden.<sup>79</sup> Alleen in die gevallen wordt, met andere woorden, aangenomen dat de *purpose* in overwegende mate is gericht op het onttrekken van verhaalsobjecten aan het vermogen van de schuldenaar:

‘[...] the purpose or mischief against which the section is aimed [...] is the removal of assets by the owner, in anticipation of claims being made or contemplated, out of the reach of such claimants if those claims ultimately prove to be successful. It would defeat that purpose if it were possible successfully to contend that if the owner was able to point to another purpose, such as the benefit of his family, friends or the advantage of business associates, the section could not be applied’.<sup>80</sup>

Behalve voor het met behulp van section 423 IA 1986 aantasten van transactions at undervalue, is onder de IA 1986 ook voor het succesvol aantasten van *preferences* (op grond van sections 239 en 340 IA 1986) een zekere intentie van de schuldenaar vereist. Hierbij dient de schuldenaar te zijn *influenced by a desire* om een schuldeiser, zekerheidsgerechtigde of borg een *factual preference* te verlenen.<sup>81</sup> In *corporate insolvency* dient de *desire* aanwezig te zijn op het moment van de betaling<sup>82</sup> en bij personen die zodanige zeggenschap hebben dat hun opvattingen, gedachten en handelingen kunnen worden gelijkgesteld met die van de onderneming zelf<sup>83</sup>.

75 Bij corporate insolvency: degene die zodanige zeggenschap heeft dat zijn opvattingen, gedachten en handelingen kunnen worden gelijkgesteld met die van de onderneming zelf, zie *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* [1972] AC 153, HL. Vergelijk Goode 1997, p. 401.

76 Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 98 (nr. 3.9), waaruit tevens blijkt dat onder s.172 Law of Property Act 1925 de goede trouw aan de zijde van de wederpartij nog wél relevant werd geoordeeld. Voorts Parry 2001, p. 227 (nr. 10.06) en p. 231 (nr. 10.16), onder verwijzing naar *Moon v Franklin* [1996] BPIR 196.

77 S.423(2)(a) (‘putting assets beyond the reach of a person who is making, or may at some time make, a claim against him’) resp. s.423(2)(b) IA 1986 (‘otherwise prejudicing the interest of such a person in relation to the claim which he is making or may make’).

78 *Royscot Spa Leasing Limited v Lovett* [1995] BCC 502.

79 Parry 2001, p. 227–228 (nr. 10.08). Als voorbeelden kunnen naast *Chohan v Saggar* [1992] BCC 306 en *Royscot Spa Leasing v Lovett* [1995] BCC 502, CA worden genoemd: *Moon v Franklin* [1996] BPIR 196, waarin de schuldenaar de opbrengst van zijn accountantsbedrijf aan zijn vrouw had overgedragen toen hij aansprakelijk werd gesteld voor *professional negligence*; *Barclay’s Bank plc v Eustice* [1995] 1 WLR 1238, waarin de schuldenaar met zekerheidsrechten belaste activa ‘at undervalue’ aan familieleden had overgedragen op een moment dat de zekerheidsgerechtigde op het punt stond die activa uit te winnen.

80 *Chohan v Saggar* [1992] BCC 306, bevestigd in *Royscot Spa Leasing v Lovett* [1995] BCC 502, CA. Voorts *Inland Revenue Commissioners v Hashmi* [2002] EWCA Civ 981, CA. Zie ook bijvoorbeeld *Barclays Bank plc v Eustice* [1995] 2 BCLC 630, CA, waarin een ‘dominant purpose’ als eis werd gesteld. Voorts *Moon v Franklin* [1996] BPIR 196, waarin wordt gesproken over een ‘predominant purpose’.

81 ‘Influenced by a desire to prefer’, zie s.239(5) resp. 340(4) IA 1986.

82 Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 160 (nr. 4.68). Vergelijk *Wills v Corfe Joinery Ltd* [1998] 2 BCLC 75.

83 Hetgeen volgt uit *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* [1972] AC 153, HL. Vergelijk Goode 1997, p. 401.

Hoewel het criterium *purpose to prejudice* was bedoeld om het aantasten van *preferences* te vereenvoudigen<sup>84</sup> – vóór 1986 gold de eis van een *dominant intention*<sup>85</sup> – is het daar niet van gekomen.<sup>86</sup> Uit de – schaarse<sup>87</sup> – jurisprudentie blijkt dat rechters niet spoedig een *desire* aannemen. Zo is van een *desire* in de zin van section 239(5) IA 1986 geen sprake in het geval van het uitoefenen van druk door de schuldeiser<sup>88</sup>, indien er wordt geëxecuteerd op basis van een rechterlijk oordeel<sup>89</sup> of een *preference* plaatsvindt in het kader van een reddingsoperatie<sup>90</sup>. Kortom, een enigszins plausible verklaring leidt al spoedig tot de conclusie dat een betaling in stand moet worden gelaten.<sup>91</sup> Omdat deze plausible verklaring meestal kan worden gevonden, blijft een succesvol beroep op section 239 IA 1986 beperkt tot situaties waarin een vennootschap in het zicht van het faillissement leningen aan haar bestuurders terugbetaalt.<sup>92</sup>

De *Insolvenzordnung* kent in vergelijking met de IA 1986 een geringer aantal op intenties gerichte aantastingsgronden; § 133 InsO is de enige bepaling waar een intentie als nadrukkelijke eis wordt gesteld. Zij bepaalt dat iedere benadeling die zich in de tien jaren voorafgaand aan de *Eröffnungsantrag* heeft voorgedaan kan worden aangetast als er sprake is van een *vorsätzliche Benachteiligung*, inhoudende dat de schuldenaar de opzet had zijn schuldeisers te benadelen en van welke opzet zijn wederpartij op de hoogte was. In tegenstelling tot het overlegcriterium van artikel 47 Fw hoeft er geen sprake te zijn van samenspanning; ook andere, hierna te noemen omstandigheden kunnen relevant zijn.<sup>93</sup> Voorts hoeft de *Vorsatz* niet *uitsluitend* te zien op de *Benachteiligung*.<sup>94</sup> Deze ziet op een ander soort opzet, vergelijkbaar met het opzetcriterium uit het Nederlandse strafrecht: voldoende is dat de schuldenaar de *Benachteiligung* heeft ‘geweten’ en ‘gewild’.<sup>95</sup>

Om een *Vorsatz* vast te stellen moet worden gekeken naar omstandigheden als de omvang van het nadeel, het aantal schuldeisers, de vraag of de vorderingen van die schuldeisers opeisbaar waren en, in het geval van een *Sicherung*, de vraag of de hande-

- 
- 84 Cork Report 1982, p. 284 (nr. 1249). Voorts Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 130-131 (nr. 4.13) en p. 160 (nr. 4.67); Parry 2001, p. 151 (nr. 5.99); Keay 2000, p. 33.
  - 85 Dit geldt voor zowel voor s.44 Bankruptcy Act 1914 en s.320 Companies Act 1948 als voor de voorlopers van die regels (§ 92 Bankruptcy Act 1883). Voorts Cork Report 1982, p. 284 (nr. 1248); Fletcher 1994, p. 306; Goode 1997, p. 386; Parry 2001, p. 150 (nr. 5.96-5.97); Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 130 (nr. 4.12).
  - 86 Fletcher 1994, p. 308-310 en Parry 2001, p. 151 (nr. 5.99), die kanttekeningen bij de ‘vereenvoudiging’ plaatsen. Kritischer zijn Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 160 (nr. 4.67) en 162 (nr. 4.73); en Keay 2000, p. 33. Zij zien niet de beoogde verbetering.
  - 87 Parry 2001, p. 126 (nr. 5.14).
  - 88 Parry 2001, p. 156 (nr. 5.114). Vergelijk *Re MC Bacon Ltd* [1990] BCC 78.
  - 89 Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 144 (nr. 4.39).
  - 90 *Re Lewis's of Leicester Ltd* [1995] BCC 514.
  - 91 Parry 2001, p. 155 (nr. 5.113). Vergelijk ook *Re Fainway Magazines Ltd* [1992] BCC 924: ‘If the company is influenced by “proper commercial considerations” and not by a “positive wish to improve the creditor’s position in the event of its insolvent liquidation”, then the debenture will be valid’.
  - 92 Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 140 (nr. 4.30). Voor voorbeelden zie *Re Lewis v DKG Contractors Ltd* [1990] BCC 903; *Re Exchange Travel Holdings Ltd* [1996] 2 BCLC 524; *Wills v Coffe Joinery Ltd* [1998] 2 BCLC 75; *Re Brian D Pierson (Contractors) Ltd* [2001] 1 BCLC 275.
  - 93 BGH 17.7.2003, ZIP 2003, 1799.
  - 94 Dauernheim 1999, p. 76.
  - 95 Lind 2005, p. 81-82; Braun 2004, § 133, nr. 9. Zie ook BGH 27.5.2003, ZIP 2003, 1506, waarin voor de kongruente Deckung een *bedingter Vorsatz* (voorwaardelijk opzet) voldoende wordt geacht. Voorts Dauernheim 1999, p. 76-77, onder verwijzing naar diverse uitspraken als BGH 4.12.1997, ZIP 1998, 248 (251); Jaeger/Henckel 1997, § 31 nr. 10.

ling plaatsvond op een moment dat het intreden van insolventie van de schuldenaar waarschijnlijk was.<sup>96</sup> Ook de vraag of een handeling *kongruent* respectievelijk *inkongruent* is, speelt een rol bij het bepalen van de vereiste *Vorsatz*. Omdat inkongruentie vaak wijst in de richting van de bedoelde *Vorsatz*, kan zij ertoe leiden dat een vermoeden van *Vorsatz* wordt aangenomen.<sup>97</sup> Is de inkongruentie daarentegen gering, dan ligt zo'n vermoeden minder voor de hand.<sup>98</sup> Zo zal er eerder een vermoeden van *Vorsatz* zijn in het geval waarin een niet-opeisbare schuld wordt voldaan drie maanden voordat zij opeisbaar is dan in het geval dat de niet-opeisbare schuld wordt voldaan twee weken voordat zij opeisbaar wordt. Tot slot kan ook de wetenschap van benadeling een indicatie geven voor de *Vorsatz*.<sup>99</sup>

Omstandigheden die maken dat niet aan de vereiste *Vorsatz* is voldaan zijn die handelingen waarin de schuldenaar trachtte om zijn onderneming te redden. Of daar sprake van is, wordt voornamelijk beoordeeld aan de hand van objectieve maatstaven. Dit betekent concreet dat geen rechtvaardiging kan worden gevonden voor betalingen waarmee de schuldenaar meende een insolventieprocedure te kunnen afwenden indien deze gedachte achteraf bezien redelijkerwijze niet reëel blijkt te zijn geweest.<sup>100</sup>

## 9 Wetenschap

Met name in Duitsland eisen aantastingsgronden vaak een zekere wetenschap van de financiële toestand van de schuldenaar. Zo vragen § 130(1) en § 132(1) InsO om een *Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit* of een *Kenntnis der Eröffnungsantrag*<sup>101</sup>, vereist § 131(1)(3) InsO een *Kenntnis der Benachteiligung*<sup>102</sup> en stelt § 133(1) InsO als voorwaarde een *Kenntnis der drohende Zahlungsunfähigkeit*.

Deze *Kenntnis* kan uit omstandigheden worden afgeleid.<sup>103</sup> Zo worden als aanwijzingen genoemd het hebben van wetenschap van het gesloten zijn van het kantoor/bedrijf van de schuldenaar, het terughalen van onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen of de omstandigheid dat de schuldenaar te kennen geeft dat beslag op zijn vermogen zinloos is.<sup>104</sup>

De wetenschapseis is in rechtspraak en literatuur in een aantal gevallen verder geobjectiveerd, wat wil zeggen dat de *Kenntnis* onder omstandigheden bij bepaalde – ook niet-gelieerde – personen wordt voorondersteld. Zo geldt voor banken dat *Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit* wordt verondersteld op het moment dat zij de schuldenaar/kredietnemer onder druk zetten om te betalen terwijl de laatstgenoemde niet

<sup>96</sup> Dauernheim 1999, p. 76 en 78.

<sup>97</sup> BGH 17.7.2003, ZIP 2003, p. 1799. Vergelijk BGH 2.4.1998 ZIP 1998, 830 (835); BGH 30.9.1993, BGHZ 123, 320 (326). Voorts Braun 2004, § 133, nr. 13; Eickmann e.a. 2003, § 133, nr. 17; Dauernheim 1999, p. 77.

<sup>98</sup> Dauernheim 1999, p. 77.

<sup>99</sup> Dauernheim 1999, p. 77; Hess/Weis/Wienberg 2001, § 133, nr. 49; Eickmann e.a. 2003, § 133, nr. 22.

<sup>100</sup> Volgens BGH 6.4.1995, ZIP 1995, 1021 (1029).

<sup>101</sup> Het begrip 'Eröffnungsantrag' staat als gezegd voor de aanvraag tot het openen van een insolventieprocedure.

<sup>102</sup> Dit houdt in: de overtuiging dat het vermogen van de schuldenaar toereikend was om alle schuldeisers (binnen afzienbare tijd) te betalen. Zie BGH 15.12.1994, ZIP 1995, 293 (296); BGH 19.4.1996, ZIP 1996, 1015; Dauernheim 1999, p. 70–71.

<sup>103</sup> De §§ 130(2), 131(2) en 132(3) InsO bepalen zulks uitdrukkelijk. BGH 17.7.2003, ZIP 2003, p. 1799 bepaalt zulks met betrekking tot het aantonen van het vermoeden van *Vorsatz* van § 133 (1) InsO.

<sup>104</sup> Dauernheim 1999, p. 61–62.

meer kredietwaardig is.<sup>105</sup> De gedachte is dat banken, gezien hun ervaring en expertise, inzicht moeten hebben in het feit dat de schuldenaar wezenlijke betalingen niet meer zal kunnen verrichten. Voor de fiscus wordt deze wetenschap aangenomen wanneer de schuldenaar een betalingsachterstand heeft van meerdere maanden en er geen aanwijzingen zijn dat de schuldenaar in de toekomst zijn opeisbare schulden zal betalen.<sup>106</sup> Tot slot kan ook wetenschap die bepaalde personen hebben vergaard, worden toegerekend aan de wederpartij, zoals in het geval van een advocaat of een gelieerd persoon als de bestuurder van een vennootschap, waarover hierna meer.<sup>107</sup>

In Engeland stellen de aantastingsgronden in de regel geen wetenschap als voorwaarde voor aantasting. Een uitzondering is in zekere zin te vinden in section 238 IA 1986. Deze bepaling biedt in het geval van *corporate insolvency* de mogelijkheid om een *transaction at undervalue* te rechtvaardigen. In feite wordt de ongeoorloofdheid (kwade trouw) dan verondersteld en draagt de wederpartij de bewijslast van het rechtvaardigen van zijn gedrag. Van zo'n rechtvaardiging is sprake indien komt vast te staan dat de *transaction* is aangegaan *in good faith*, met het oog op voortzetting van de onderneming en indien er redelijke gronden waren om aan te nemen dat de *transaction* ten goede kwam aan de schuldenaar.<sup>108</sup> Voorbeelden van situaties waarin de gedaagde zich met succes op de rechtvaardigingsgrond kan beroepen zijn *transactions at undervalue* met als doel liquide middelen te krijgen, om een beslag of proces te voorkomen of ter voorkoming van het beëindigen van waardevolle zakelijke relaties.<sup>109</sup> De rechtvaardiging heeft hierbij steeds betrekking op de schuldenaar; de al dan niet bestaande kwade trouw aan de zijde van de wederpartij is irrelevant.<sup>110</sup>

De rechtvaardigingsgrond wordt aan een objectieve toets onderworpen, zodat niet de intenties of verwachtingen van de (bestuurders van de) schuldenaar centraal staan, hoewel deze, indien voorhanden<sup>111</sup>, een rol spelen.<sup>112</sup> De norm voor deze objectieve toets is of 'a reasonable board of directors could have genuinely considered the transaction to be beneficial to the company and for the purpose of its business'.<sup>113</sup>

## 10 Hoedanigheid van partijen

Het hebben van een bepaalde hoedanigheid heeft in zowel Duitsland als Engeland consequenties. Het kan meebrengen dat de bewijslast, die in beginsel op de curator rust, voor één of meer criteria wordt omgedraaid. Dit gebeurt bijvoorbeeld in Duitsland, waar § 138 InsO een limitatieve<sup>114</sup> opsomming geeft van personen die als *nahestehend Person* kunnen worden gekwalificeerd. Deze bepaling maakt daarbij een onderscheid tussen de gevallen waarin de schuldenaar een natuurlijk persoon is (lid 1) en de

105 BGH 27.4.1995, ZIP 1995, 929 en Dauernheim p. 62.

106 BGH 9.1.2003, ZIP 2003, 410.

107 Voor deze en meer voorbeelden: Hess/Weis/Wienberg 2001, § 130, nr. 39 e.v.

108 S.238(5)(a) IA 1986, jo. Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 78 (nr. 2.111).

109 Parry 2001, p. 105 (nr. 4.128).

110 Goode 1997, p. 371; Parry 2001, p. 105 (nr. 4.129).

111 Bijvoorbeeld in memoranda of notulen, zie Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 79 (nr. 2.112).

112 Vergelijk Parry 2001, p. 106 (nr. 4.132).

113 Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 79 (nr. 2.112). Vergelijk *Criterion Properties plc v Stratford UK Properties LLC* [2003] 2 BCLC 129, CA.

114 Dauernheim 1999, p. 128.

gevallen waarin deze een vennootschap (al dan niet met rechtspersoonlijkheid) of een maatschap is (lid 2).

*Nahestehende Personen* die onder het eerste lid vallen zijn kort gezegd de echtgenoot of echtgenote van de schuldenaar (sub 1), de (geregistreerde) partner (sub 1a), familieleden<sup>115</sup> en aangetrouwden (sub 2) alsmede personen die een gemeenschappelijke huishouding met de schuldenaar hebben of dat hadden in het jaar vóór de handeling (sub 3).

Onder de in het tweede lid bedoelde *nahestehende Personen* vallen de vertegenwoordigingsbevoegden (het bestuur), de leden van toezichtsorganen, vennoten die persoonlijk borg staan en degenen die een deelneming hebben van meer dan één-vierde van het ingebrachte kapitaal (sub 1).

Onder sub 2 vallen die personen die op grond van een vergelijkbare vennootschappelijke of arbeidsrechtelijke verhouding de mogelijkheid hebben om zichzelf eenvoudig op de hoogte te (laten) houden van de financiële toestand van de schuldenaar (sub 2).<sup>116</sup> De gedachte is dat een bewijslastomkering op grond van dezelfde bepaling ook mogelijk moet zijn in de gevallen waarin een schuldeiser een kapitaaldeelneming heeft van minder dan 25%, maar waarin hij een daarmee vergelijkbare informatievoorsprong heeft.<sup>117</sup> De aard van de betrekking is daarbij van doorslaggevend belang.<sup>118</sup> Het betreft met name de gevallen waarin er een zekere afhankelijkheidsrelatie tussen schuldeiser en schuldenaar bestaat die maakt dat partijen over en weer op de hoogte zijn van hun financiële toestand.<sup>119</sup> Tot slot zijn ook *nahestehend* de onder § 138 (1) sub 1 en 1a InsO vallende personen: de echtgenoten en (geregistreerde) partners van de zojuist genoemde *nahestehende Personen* (sub 3).

De kwalificatie van de schuldeiser als een *nahestehend Person* leidt als gezegd in de regel tot bewijslastomkeringen. Bij de § 130–133 InsO komt dit tot uitdrukking in vermoedens ten aanzien van de *Benachteiligungsvorsatz* (§ 133 InsO), de *Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit* (§ 130 en 132 InsO), de *Kenntnis der Eröffnungsantrag* (§ 130) InsO respectievelijk de *Kenntnis der Benachteiligung* (§ 131 InsO). De kwalificatie *nahestehend Person* leidt bij § 133 (2) InsO tot aantasting, mits de overeenkomst een *unmittelbare Benachteiligung* heeft meegebracht.<sup>120</sup> Voorts bepaalt § 133 (1) InsO dat een *vorsätzliche Benachteiligung* kan worden vermoed indien de schuldeiser wetenschap droeg van (1) de *drohende* (dreigende) *Zahlungsunfähigkeit* van de schuldenaar en (2) van de *Benachteiligung*.

Ook in *Engeland* gelden soepelere regels ten aanzien van de bewijslast in het geval van bepaalde personen. De gedachte hierachter is dat zelden een economische (commerciële) rechtvaardiging is te vinden voor benadelende handelingen met bepaalde

115 Vergelijk § 1589 BGB: het familielid moet van de schuldenaar afstammen of andersom. De reikwijdte van sub 2 beperkt blijft tot ouders, grootouders, kinderen, kleinkinderen, (half)broers en (half)zusters.

116 Zo ook BGH 30.1.1997, ZIP 1997, 513 (516) en BGH 6.4.1995, BGHZ 129, 236 (244).

117 BGH 30.1.1997, ZIP 1997, 513 (516). Dauernheim 1999, p. 131.

118 BGH 30.1.1997, ZIP 1997, 513 (516).

119 BGH 6.4.1995, BGHZ 129, 236 (246). Dauernheim 1999, p. 131.

120 §§ 130 (3), 131 (2), 132 (3) en 133 (2) InsO. Voor de laatste bepaling geldt overigens de nuancering dat aantasting niet mogelijk is indien (i) de overeenkomst twee jaar vóór de Eröffnungsantrag is gesloten of (ii) de schuldeiser niet op de hoogte was van de *Vorsatz* van de schuldenaar. Daar § 134 InsO louter vereist dat de *unentgeltliche Leistung* vier jaar vóór de Eröffnungsantrag heeft plaatsgehad, kent deze bepaling geen bewijslastomkeringen.

personen, zodat de belangen van schuldeisers van de gefailleerde schuldenaar dienen te prevaleren boven die ene bepaalde persoon.<sup>121</sup>

De IA 1986 maakt een onderscheid tussen *associates* en *connected parties*. *Associates* zijn onder meer de echtgenoot, partner en bloedverwant (tot in de derde lijn) van de schuldenaar, een werknemer of werkgever van de schuldenaar, alsmede bedrijven waar de schuldenaar of zijn 'associates' controle over hebben of waarin schuldenaar ten minste éénderde van de stemrechten van de aandelen bezit.<sup>122</sup> Van een *associate* is ook sprake indien twee rechtspersonen door dezelfde persoon worden geleid danwel de ene vennootschap wordt geleid door een *associate* van de andere.<sup>123</sup>

Het begrip *connected party* ziet vooral op *corporate insolvency* en is ruimer dan het begrip *associate*. Onder dit begrip valt ook de directeur, de feitelijk leidinggevende of een *associate* van ofwel de vennootschap, directeur of feitelijk leidinggevende.<sup>124</sup>

Een benadelende handeling met een *connected party* of een *associate* resulteert vooral in bewijslastomkeringen en in Engeland ook tot langere 'verdachte perioden'. Zo wordt voor *transactions at undervalue* (section 238 IA 1986) en *preferences* (section 239 IA 1986) de insolventie van de schuldenaar vermoed.<sup>125</sup> Voorts geldt voor *preferences* dat de schuldenaar wordt vermoed te zijn *influenced by a desire to prefer* indien de *preference* heeft plaatsgevonden met een gelieerd persoon en binnen de verdachte periode.<sup>126</sup> Voor gelieerde personen bedraagt deze verdachte periode twee jaar in plaats van de gebruikelijke zes maanden.<sup>127</sup>

## 11 Onderscheid verplicht-onverplicht

Onverplicht verrichte handelingen blijken vooral in *Engeland*, in vergelijking met Duitsland, eerder ongeoorloofd dan verplicht verrichte handelingen. Zo zijn *transactions at undervalue* eenvoudiger aan te tasten dan *preferences*. Terwijl *preferences* in beginsel geoorloofd zijn, tenzij de schuldenaar is *influenced by a desire to prefer* en de *preference* binnen een bepaalde periode van het faillissement heeft plaatsgevonden, is een *transaction at undervalue* binnen diezelfde periode in beginsel ongeoorloofd, tenzij deze te goeder trouw is verricht en met het oog op het voortzetten van de onderneming.<sup>128</sup> Daarbij komt dat *transactions at undervalue* die vóór de verdachte periode hebben plaatsgevonden, mogelijk met behulp van section 423 IA 1986 kunnen worden aangetast.

In *Duitsland* komt het onderscheid vooral tot uitdrukking in §§ 130 (*kongruente Deckung*) en 131 InsO (*inkongruente Deckung*). Uit deze bepalingen volgt dat het aantasten van een *inkongruente Deckung* eenvoudiger is dan het aantasten van een *kongruente Deckung*. Het onderscheid *kongruent-inkongruent* is zoals gesteld in zekere zin vergelijkbaar met het onderscheid verplicht-onverplicht, in die zin dat beslissend is of de *Deckung* opeisbaar was ten tijde van het verrichten van de prestatie.

121 Bennett/Armour/Bridge 2003, p. 166 (nr. 4.80). Vergelijk Cork Report 1982, p. 286 (nr. 1257-1258).

122 S.435 IA 1986.

123 S.435 IA 1986.

124 S.249 IA 1986.

125 S.240(2) IA 1986.

126 S.239(6) resp. s.340(5) IA 1986.

127 S.240(1)(a) resp. s.341(1)(b) IA 1986. Deze oprekking geldt niet voor werknemers.

128 En, in beide gevallen: mits de schuldenaar ten tijde van de handeling insolvent was.



Toch zijn er ook situaties waarin een *inkongruente Deckung* als een opeisbare vordering wordt behandeld, bijvoorbeeld als een vordering wordt betaald kort voordat deze opeisbaar is.<sup>129</sup> Inkongruentie wordt overigens niet aangenomen indien de betaling plaatsvindt vóór de drie-maandentermijn.<sup>130</sup>

## 12 Gebruikelijkheid (normaliteit)

Tot slot behandel ik het gezichtspunt van de gebruikelijkheid (of normaliteit). Dit komt terug bij het bepalen van de incongruentie van een handeling. *Inkongruent* is bijvoorbeeld de handeling waarbij aan de werknemer een buitensporig hoge ontslagvergoeding wordt toegekend die vóór de *Eröffnungsantrag* is ontslagen.<sup>131</sup> De reden is dat de vergoeding hoger is dan die waar de werknemer redelijkerwijs aanspraak op zou hebben mogen maken indien een rechter de hoogte van de vergoeding zou hebben vastgesteld.<sup>132</sup>

Voorts komt de gebruikelijkheid terug in § 134 InsO, waar voor het aantasten van een *unentgeltliche Leistung* een uitzondering wordt gemaakt voor een ‘*gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk*’. Datzelfde geldt voor de uitzondering die section 238 IA 1986 formuleert op het aantasten van *transactions at undervalue*. Door aannemelijk te maken dat een *transaction at undervalue* is verricht ‘in the *ordinary* course of business’ kan een voor schuldeisers benadelende handeling worden gerechtvaardigd.

---

129 Bijvoorbeeld BGH 9.6.2005, *ZIP* 2005, 1243.

130 OLG Stuttgart 13.11.2002, *ZIP* 2002, 2264. Zie ook BGH 15.5.2003, *ZIP* 2003, 1304.

131 OLG Düsseldorf 13.4.1989, *ZIP* 1989, 1072.

132 Hess/Weis/Wienberg 2001, § 131, nr. 12.

## Constructie van het alternatieve instrument

### 1 Inleiding

Hierna ga ik eerst na welke van de gevonden gezichtspunten (criteria) aansluiten bij het toetsingskader (*par. 2*). Ik beperk mij daarbij tot de gezichtspunten die ik in het vorige hoofdstuk aantrof. Daaronder vallen ook de gezichtspunten die de bestaande faillissementsprocedures vormen en in *Deel I* werden besproken, zoals het onderscheid verplicht-onverplicht, wetenschapscriteria en het benadelingsvereiste. Omdat het overlegcriterium een op intenties gericht criterium is, wordt ook de geschiktheid van dit gezichtspunt onderzocht.

De reden dat ik niet ook andere gezichtspunten bespreek, bijvoorbeeld die aan de orde zijn gekomen bij de analyse van het gevaltype van het profiteren van andermans wanprestatie, is dat het alternatieve instrument zich dient toe te spitsen op gedragingen die vóór een faillissement plaatsvinden en benadelend zijn voor schuldeisers. Het ligt dan voor de hand op zoek te gaan naar gezichtspunten die specifiek voor dat doel zijn ontwikkeld en opgesteld.

De bruikbare gezichtspunten tracht ik aan te scherpen door er – eerst – een verdere invulling aan te geven (*par. 3*) en – daarna – te onderzoeken of er een hiërarchie in aan is te brengen (*par. 4*) en of een stappenplan kan worden opgesteld (*par. 5*). Ik sluit dit hoofdstuk af met de beantwoording van de vraag of de criteria van het alternatieve instrument criteria van andere instrumenten overbodig maken. Ik doel hiermee op criteria van instrumenten voor het beoordelen van kennelijk onbehoorlijk bestuur, de aansprakelijkheid wegens het wekken van de schijn van kredietwaardigheid, de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling, of van een verrekening die vóór het faillissement heeft plaatsgevonden. Is het inderdaad mogelijk om één nieuw instrument te construeren dat ook de criteria van deze andere instrumenten omvat (*par. 6*)?

### 2 De gevonden gezichtspunten getoetst op hun bruikbaarheid

Het *benadelingsvereiste* een bruikbaar gezichtspunt. Zonder nadeel bij schuldeisers kan men moeilijk volhouden dat er een belang is gemoeid met het instellen van een vordering.<sup>1</sup> Dit betekent dat er een zeker (causaal) verband tussen de gedraging en het nadeel moet bestaan. Men kan moeilijk van ongeoorloofdheid spreken als de schuldenaar aandelen koopt tegen een bepaalde waarde en de waarde van die aandelen later daalt ten gevolge van bijvoorbeeld een boekhoudschandaal. De waardedaling wordt dan primair veroorzaakt door externe factoren en niet zozeer door gedragingen van de schuldenaar en zijn verkopende wederpartij.

Het vaststellen van nadeel dient te gebeuren aan de hand van een vergelijking van de (hypothetische) situatie waarin de schuldeisers in faillissement verkeren met en zon-

---

<sup>1</sup> Vergelijk art. 3:303 BW.

der de gedraging.<sup>2</sup> Levert deze vergelijking op dat de verdeling met de gedraging een andere is dan zonder de gedraging, dan is er sprake van nadeel. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de gedraging ertoe leidt dat aan een (aantal) schuldeisers in faillissement minder wordt uitgekeerd dan zonder de gedraging, zoals bij een vermogensonttrekking of een wijziging in de rangorde. Ook het bemoeilijken van verhaal kan benadelend zijn.<sup>3</sup>

Voorals het moment van de gedraging en het ontstaan van het nadeel niet samenvalt, kan de vraag naar de benadeling (danwel het causaal verband) niet los worden gezien van andere gezichtspunten. Ook in de literatuur is geconstateerd dat er een zekere mate van connexiteit dient te bestaan tussen het nadeel en de gedraging.<sup>4</sup> Bij zo'n verband speelt de voorzienbaarheid een belangrijke rol. Immers, hoe meer kennis de betrokken partijen hebben van de omstandigheden, hoe beter zij kunnen beoordelen of de gedraging leidt tot nadeel en daarmee of er sprake is van connexiteit tussen de gedraging en het nadeel.

Ook de *financiële toestand* van de schuldenaar is een gezichtspunt dat aansluit bij het toetsingskader. De toepassing van zorgplichten laat zien dat de beoordeling van de ongeoorloofdheid afhankelijk is van het hebben van een informatievoorsprong of een (andere) voordeelspositie. De voorsprong ziet op informatie over de financiële situatie (problemen) bij de schuldenaar. Dit betekent dat een informatievoorsprong alleen kan bestaan of ontstaan als de schuldenaar in financiële problemen verkeert of geraakt als gevolg van een bepaalde benadelende handeling. Het bestaan of ontstaan van financiële problemen bij de schuldenaar is daarmee een noodzakelijke voorwaarde voor de mogelijkheid dat de wederpartij een informatievoorsprong heeft.

Behalve bij het zorgplichtbegrip sluit het gezichtspunt van de financiële toestand ook aan bij de objectivering van normen. Los van daadwerkelijke, subjectieve kennis kan de financiële toestand worden vastgesteld aan de hand van bedrijfseconomische formules. Voor het geval dat een (goede) administratie ontbreekt, of het moeilijk is de financiële toestand op een bepaald moment in het verleden te bepalen, kunnen (geobjectiverde) indicaties worden opgesteld aan de hand waarvan de financiële toestand kan worden vastgesteld, afgeleid of vermoed.

Of *verdachte perioden* aansluiten bij het toetsingskader, hangt af van aan welk ander gezichtspunt of criterium zij worden gekoppeld. Meestal verbindt men een verdachte periode aan een bepaalde (vaste) periode, teruggerekend vanaf de datum waarop het faillissement is uitgesproken en uitgedrukt in maanden of jaren. Ook een bewijslastomkering is denkbaar. De gedachte hierachter is dat in een bepaalde periode vóór het faillissement een informatievoorsprong wordt verondersteld of vermoed.

Beide benaderingen zijn nogal rigoreus. Het valt moeilijk in te zien dat de ongeoorloofdheid van bijvoorbeeld een betaling zich zou beperken tot een paar maanden vóór het faillissement. Termijnen als deze houden onvoldoende rekening met de context, geven geen goede weerslag van informatievoorsprongen. Het moment waarop financiële problemen ontstaan en de periode waarin die aanhouden, verschilt per geval.

2 Vergelijk HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*) en de wijze waarop in Nederland het vaststellen van nadeel en schade gebeurt, waarvoor onder meer HR 24 september 2004, NJ 2006, 201 (*van Gernerden-Muijlaert/Moes*); HR 28 maart 2003, NJ 2003, 389 (*V./Branderhorst*); HR 13 december 2002, NJ 2003, 212 (*B./Olijfers*); HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*).

3 Vergelijk HR 3 oktober 1980, NJ 1980, 643 (*Porsche*).

4 Zie Van Hees 1997, p. 572 en Polak-Wessels 2003 (III), nr. 3056.

Zo kan een schuldenaar in het ene geval maanden in betalingsonmacht verkeren, terwijl deze periode in het andere geval enkele weken bedraagt. Omdat de aard en duur van een faillissement per geval verschilt, zullen de gestelde termijnen in het ene geval te kort, en in het andere geval te lang zijn om de (on)geoorloofdheid adequaat te kunnen beoordelen.

De gedachte dat dergelijke perioden een eerlijke verdeling van het vermogen onder de schuldeisers tot gevolg hebben, doet hier niets aan af. Eerlijkheid is een breed begrip dat een nadere afbakening behoeft. Die afbakening kan alleen worden aangebracht vanuit een bepaalde, specifieke invalshoek. Het zorgplichtbegrip is een onderdeel van de invalshoek (toetsingskader) die in deze studie is gekozen, en daar sluiten vaste perioden niet bij aan.

Het ligt meer voor de hand om verdachte perioden in samenhang met andere gezichtspunten te bezien en er geen vast tijdvak aan te koppelen. Om te bepalen aan welke andere gezichtspunten een verdachte periode kan worden gekoppeld, dient eerst te worden bekeken welke andere gezichtspunten aansluiten bij het toetsingskader en welke invulling die gezichtspunten dienen te krijgen.

Een gezichtspunt dat negatieve inspiratie biedt, is één dat zich vooral richt op *intenties* van degenen die de benadeling veroorzaken. Op intentie gerichte criteria blijken in grote mate subjectief te worden ingevuld, wat als gezegd niet goed aansluit bij de objectivering van normen; dergelijke criteria leiden bovendien tot kritiek ten aanzien van hun beperkte toepassingsbereik of de geringe mate van succes.<sup>5</sup> Dit is anders indien ze worden geobjectiveerd, maar dan verschilt de invulling ervan niet of nauwelijks van een geobjectiveerd wetenschaps criterium, zodat de eventuele toegevoegde waarde van een op intenties gericht criterium vervaalt.

*Wetenschap* (of de kenbaarheid) sluit aan bij de toepassing van zorgplichten. Het rekening houden met belangen van anderen impliceert dat die belangen op de een of andere manier kenbaar zijn. Men kan geen rekening houden met een belang dat men niet kent of redelijkerwijs niet kan kennen.<sup>6</sup> Of anders gezegd, voor het hebben van een informatievoorsprong of andere voordeelpositie is op zijn minst vereist dat deze voorsprong of voordeelpositie kenbaar is. Het verrast dan ook niet dat een aspect als wetenschap op de een of andere manier terugkomt in vrijwel ieder vermogensrechtelijk beoordelingskader.

Of een wetenschaps criterium ook aansluit bij de objectivering van normen, is afhankelijk van de invulling of uitleg die er aan wordt gegeven. Naar geldend recht is het criterium in zoverre geobjectiveerd, dat om wetenschap aan te kunnen nemen, de schuldenaar in een bepaalde (slechte) financiële toestand moet verkeren. Het aantonen van de kenbaarheid van die toestand komt in de praktijk echter nogal eens neer op het zoeken naar correspondentie, (getuigen)verklaringen of notities waaruit een bepaalde wetenschap moet blijken. Deze overwegend subjectieve invulling van een wetenschaps criterium sluit, zo concludeerde ik eerder, niet aan bij de objectivering van normen.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Zie hoofdstuk 3.

<sup>6</sup> Zo ook Du Perron 1999, p. 152.

<sup>7</sup> Zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.

Om een wetenschaps criterium (verder) te objectiveren is het noodzakelijk om een (verdere) invulling te geven aan het behoren te weten. Met een 'behoren te weten' is immers nog weinig gezegd. Het veronderstelt andere gezichtspunten.

Één gezichtspunt dat invulling geeft aan een wetenschapsvereiste kwam hiervoor al aan de orde: de financiële toestand. Het bestaan of ontstaan van financiële problemen bij de schuldenaar is als gezegd een noodzakelijke voorwaarde voor de mogelijkheid dat de wederpartij een informatievoorsprong heeft.

Het gezichtspunt van de financiële toestand geeft op zichzelf onvoldoende invulling aan een geobjectiveerd wetenschaps criterium. Het gezichtspunt geeft alleen inzicht in wanneer een informatievoorsprong *kán* bestaan. Óf die ook bestaat, dient aan de hand van andere gezichtspunten te worden nagegaan.

Tegen het opnemen van een wetenschaps criterium pleit ook het gegeven dat de toepassing van zorgplichten niet alleen afhankelijk is van het bestaan van een informatievoorsprong. Een voordeelpositie kan ook op andere manieren ontstaan, bijvoorbeeld door het hebben van macht, (mede)bepalende invloed of een structurele voordeelpositie. Er zijn bijvoorbeeld bepaalde personen die een positie hebben die hen in staat stelt om op het faillissement van de schuldenaar te anticiperen lang vóórdat deze in financiële problemen komt te verkeren.

Verder geldt dat (geobjectiveerde) wetenschap niet doorslaggevend behoort te zijn voor de (on)geoorloofdheid. Er zijn omstandigheden die het ongeoorloofde karakter van wetenschap relativeren of wegnemen. Hierbij valt te denken aan gedragingen waarbij sprake is van wetenschap maar waar een noodzaak toe bestaat, zoals een verkoop tegen een te lage waarde teneinde geld te genereren om daarmee schuldeisers te kunnen betalen. Andere voorbeelden zijn gedragingen die tot een gering nadeel leiden of die gebruikelijk zijn, zoals het geven van een verjaardagscadeau.

Nu een geobjectiveerd wetenschaps criterium pas vorm en betekenis krijgt in andere gezichtspunten, is het zaak om te bekijken in welke (andere) gezichtspunten een geobjectiveerd wetenschaps criterium opgaat. De *hoedanigheid van partijen* blijkt een gezichtspunt dat invulling geeft aan een (geobjectiveerd) wetenschaps criterium. De hoedanigheid is indicatief voor een rechtens relevante betrokkenheid die bepalend is voor het bestaan en de reikwijdte van de verplichting om rekening te houden met belangen van anderen.<sup>8</sup> De betrokkenheid geeft bijvoorbeeld indicaties voor de kenbaarheid van de financiële toestand van de schuldenaar: degene die dicht bij het vuur zit kan zich beter laten informeren dan degene die er verder van af zit. Verder is de wijze waarop en de mate waarin een persoon betrokken is bij de schuldenaar ook bepalend voor het ontstaan van (andere) voordeelposities. Zo heeft een persoon met (mede)bepalende invloed relatief veel mogelijkheden om de schuldenaar te bewegen tot het verrichten van bepaalde handelingen.

De gedachte dat de hoedanigheid een belangrijk gezichtspunt is om informatievoorsprongen en (andere) voordeelposities op te sporen, manifesteert zich in verschillende voorbeelden van driepartijenverhoudingen. Illustratief hiervoor zijn de diverse vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, die inhouden dat degenen die nadeel in de hand werken of toestaan eerder aansprakelijk zijn dan degenen die dat niet kunnen.<sup>9</sup> Het gegeven dat ook beleidsbepalers of feitelijk leidinggevend (‘als ware hij bestuur-

---

<sup>8</sup> Du Perron 1999, p. 273 jo. p. 295. Voor veel voorbeelden zie Tjittes 1994.

<sup>9</sup> Hoofdstuk 4, paragrafen 2.3 en 2.4.

der') op grond van dezelfde bepalingen aansprakelijk kunnen zijn voor het tekort in de boedel, illustreert deze gedachte ook.<sup>10</sup> Ik verwijs in dit verband tevens naar Sobi/Hurks II, waarin de kennis en informatie van een dochtervennootschap gelijk wordt gesteld met die van de moedervennootschap die zich intensief met dochtervennootschap bemoeit of heeft bemoeid.<sup>11</sup> Tot slot kan worden verwezen naar rechtspraak over gevallen waarin iemand heeft geprofiteerd van de wanprestatie van een ander, waaruit blijkt dat in de meeste gevallen waarin van onrechtmatigheid wordt gesproken, de onrechtmatig handelende persoon iemand was die de wanprestatie had beïnvloed of (waarschijnlijk) had kunnen beïnvloeden.<sup>12</sup>

Behalve dat de hoedanigheid van partijen een belangrijk gezichtspunt is om informatievoorsprongen en (andere) voordeelposities op te sporen, sluit het gezichtspunt voorts aan bij de objectivering van normen. In het algemeen is het op voorhand en zonder al te veel feitelijk onderzoek redelijk in te schatten welke typen personen op een zodanige wijze bij de schuldenaar zijn betrokken dat zij een voordeelpositie hebben ten opzichte van andere schuldeisers. Voor de gevallen waarin dit niet kan, blijft natuurlijk de mogelijkheid bestaan dat deze betrokkenheid achteraf uit stukken (voor zover voorhanden) wordt afgeleid.

Het voorgaande brengt mij tot de conclusie dat het gezichtspunt van de hoedanigheid van partijen bruikbaar is bij het construeren van de alternatieve criteria. Het sluit aan bij het zorgplichtbegrip, de objectivering van normen, het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden, en geeft bovendien invulling aan een geobjectiverd wetenschaps criterium.

Ook het gezichtspunt van de *gebruikelijkheid* (of normaliteit) kan een hulpmiddel zijn om een informatievoorsprong vast te stellen. Net als de hoedanigheid van partijen geeft het dan invulling aan een geobjectiverd wetenschaps criterium.

Ongebruikelijkheid wijst op een informatievoorsprong. Wat ook in psychologisch onderzoek<sup>13</sup> naar voren komt over de rol van normaliteit bij beslissingen, is dat een ongebruikelijke handeling in zekere zin als vreemd en verdacht wordt gezien. Een abnormaliteit roept vragen op, in die zin dat iemand die een woning voor een absurd lage prijs koopt zich moet afvragen of de verkoper dwaalt, een geestelijke stoornis heeft, of dat de bereidheid tot verkoop te maken heeft met een mogelijk naderend faillissement. Net als bij de geestelijke stoornis of dwaling kan de ongebruikelijkheid dan meebrengen dat de wederpartij zich dient te onthouden van het verrichten van een transactie of het risico lopen dat deze later als ongeoorloofd wordt bestempeld.

Behalve een hulpmiddel om informatievoorsprongen vast te stellen, verschaft de gebruikelijkheid ook inzicht in hoe iemand een informatievoorsprong of (andere) voordeelpositie aanwendt. Met een gebruikelijkheidstoets kan, met andere woorden, een benadelende gedraging worden gerechtvaardigd die is verricht door iemand met een informatievoorsprong. Hierbij valt te denken aan gebruikelijke transacties als de koop van een goed bij een faillissementverkoop of verjaardagsgeschenken.

10 Art. 2:138/2:248 lid 7 BW. Het hiermee aanpakken van stromanconstructies heeft hetzelfde doel. Waar het ook in deze constructies om gaat is immers om degene die verantwoordelijkheid neemt, ook juridisch verantwoordelijk te maken.

11 HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (*Sobi/Hurks II*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann. Vergelijk art. 2:11 BW.

12 Zie hoofdstuk 4, paragraaf 2.2.

13 Kahneman/Miller 1986 en Prentice/Kochler 2003, nr. 45 e.v., met verdere verwijzingen naar (ander) empirisch onderzoek.

Daarnaast is het gezichtspunt van de gebruikelijkheid (of normaliteit) geschikt om gedragingen te beoordelen waar informatievoorsprongen niet aan de orde zijn, oftewel: die gedragingen die evident met het oog op een faillissement zijn verricht terwijl van financiële problemen op dat moment nog geen sprake was, zoals bij een zekerheidsstelling of het vestigen van een eigendomsvoorbehoud.

Voorts vindt het gezichtspunt aansluiting bij de objectivering van normen. Ik trek hier de parallel met de wijze waarop de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW gestalte krijgt, waar het eveneens gaat om de vraag wat in de maatschappij als ‘normaal’ wordt gezien en ervaren. Andere denkbare parallellen zijn de vele functionele vergelijkingen, zoals die met de ‘redelijk handelende bestuurder’ of de ‘over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator’. Daarbij komt dat de gebruikelijkheid een flexibel gezichtspunt is dat zich eenvoudig aanpast aan de context, zodat als de context verandert – bijvoorbeeld door veranderende maatschappelijke opvattingen – het gezichtspunt niet hoeft te worden vervangen of aangepast.<sup>14</sup>

Voorts is het *onderscheid verplicht-onverplicht*, mits gerelativeerd en minder dwingend dan onder de artikelen 42–47 Fw, een bruikbaar en relevant gezichtspunt om de (on)geoorloofdheid te beoordelen. Behalve dat de rechtsgrond en opeisbaarheid van een verbintenis eenvoudig en objectief kan worden vastgesteld, wordt het onderscheid ook bij andere gevaltypen binnen het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden gemaakt. Dit heeft te maken met het idee dat schuldeisers met een opeisbare vordering in het algemeen een meer gerechtvaardigd belang hebben om voor zichzelf op te komen dan personen zonder een vordering. Dit idee is terug te voeren op het in het recht(sbesef) doordrongen adagium *pacta sunt servanda* en het daarmee verband houdende vertrouwensbeginsel.<sup>15</sup>

Ik vat het voorgaande samen. Bij het toetsingskader sluiten in ieder geval aan de gezichtspunten benadeling (en causaal verband), de financiële toestand van de schuldenaar, de hoedanigheid van partijen, het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte handeling, de gebruikelijkheid (of normaliteit) en verdachte perioden, mits deze worden gecombineerd met een ander gezichtspunt. Op basis van de onderzochte rechtsstelsels, rapporten en andere gegevens kan ik geen andere gezichtspunten noemen die relevant kunnen zijn en niet onder één van de voorgaande punten kunnen worden gebracht. Indien dat wel het geval zou zijn, biedt een gezichtspuntencatalogus overigens voldoende ruimte om die andere gezichtspunten bij de beoordeling van de (on)geoorloofdheid te betrekken.

Tot slot constateer ik dat een geobjectiveerd wetenschaps criterium opgaat in andere gezichtspunten, zoals de hoedanigheid van partijen en de gebruikelijkheid, zodat het niet nodig is dit criterium expliciet in de gezichtspuntencatalogus op te nemen. Zolang de gezichtspunten waar het wetenschaps criterium in opgaat, worden opgenomen in de catalogus, is er immers ook een geobjectiveerd wetenschaps criterium in opgenomen.

---

<sup>14</sup> Zo ook, maar in meer algemene zin, Storme 1997, p. 1924.

<sup>15</sup> Uitgebreider hoofdstuk 1, paragraaf 2.

### 3 Concretisering van gezichtspunten

#### 3.1 Inleiding

Het concretiseren van de bruikbare, relevante gezichtspunten gebeurt in drie fasen. Eerst onderzoek ik per gezichtspunt of en hoe dit preciezer kan worden gemaakt (*par. 3*). Wanneer is sprake van financiële problemen? Wat is gebruikelijk? En welke hoedanigheden zijn indicatief voor gelieerdheid, hebben een structurele voordeelpositie tot gevolg of gaan gepaard met het hebben van (mede)bepalende invloed? Vragen als deze dienen te worden onderscheiden van de vraag hoe de verschillende gezichtspunten zich tot elkaar verhouden danwel of er een zekere hiërarchie in aan is te brengen (*par. 4-5*) of hoe zij toepassing vinden in de context van de omstandigheden van het geval (*Deel III*).

Het concretiseren van de gezichtspunten volgt deels hierna. Deels, want ik ben niet in staat om dit tot in detail te doen. De details kunnen beter door deskundigen worden ingevuld die dagelijks met de materie te maken hebben. Zij kunnen, beter dan ik, de praktische gevolgen van een beslissing inschatten. De invulling door de praktijk kan gebeuren met behulp van co-regulering. Wat dit is, waarom ik voor co-regulering kies en wat de voor- en nadelen ervan zijn, behandel ik in de volgende (sub)paragraaf.

#### 3.2 Co-regulering<sup>16</sup>

Aan het invullen of preciseren van open geformuleerde normen door de wetgever, rechter of wetenschap zijn nadelen verbonden.<sup>17</sup> Voor de wetgever geldt dat er zich altijd wel ontwikkelingen voordoen waar hij niet tijdig op in kan spelen. Bovendien is het praktisch onhaalbaar om in iedere situatie te voorzien en daar regels voor te bedenken. Voorts komt het voor dat de wetgever onvoldoende deskundig is om een concrete invulling te geven aan een open norm. De wetgever doet er in de regel dan ook goed aan de casuïstiek en toekomstige ontwikkelingen niet reeds op voorhand proberen in te kaderen in regels.<sup>18</sup> Het nadeel van open normen is echter dat deze invulling behoeven in verband met de gewenste rechtszekerheid.

Vanuit het oogpunt van deskundigheid bekeken is het niet altijd verstandig om de invulling aan de rechter over te laten. Behalve dat hij afhankelijk is van een claim van een partij en ook hij niet altijd materiedeskundig is, kan een rechter een regel slechts concretiseren binnen de context van de omstandigheden van het geval. Net zo min als de wetgever of rechter kan de wetenschap goed overzien welke benadelende handelingen gebruikelijk zijn en welke niet, wanneer men een bepaalde mate van betrokkenheid mag veronderstellen en hoe deze het beste kan worden vastgesteld.

Een andere oplossing voor een gedetailleerde invulling van de gezichtspunten duid ik aan als co-regulering, waaronder wordt verstaan het invullen van algemeen geformuleerde gezichtspunten of criteria door de direct betrokkenen, al dan niet onder toezicht

<sup>16</sup> Ook andere benamingen zijn denkbaar, zoals geconditioneerde zelfregulering, zie Van Gestel 2004, p. 503.

<sup>17</sup> Vergelijk Baldwin/Cave 1999, p. 73-75.

<sup>18</sup> Zo ook Vranken 2004, p. 4; Baarsma/Felsö/van Geffen/Mulder/Oostdijk 2003, p. 10; Eijlander 1994, p. 97-98.



van de overheid.<sup>19</sup> Mede door de terugtrekkende overheid wordt co- en zelfregulering steeds gebruikelijker.<sup>20</sup> Co-regulering onderscheidt zich van zelfregulering in de zin dat er bij co-regulering al een (door de wetgever) geschetst kader bestaat dat nadere invulling verdient, welk kader bij zelfregulering ontbreekt.<sup>21</sup>

Van co-regulering noem ik hierna de voor- en nadelen. Tevens analyseer ik onder welke voorwaarden het concretiseren van gezichtspunten door co-regulering kan worden verkozen boven een invulling door de wetgever, rechter of de onderzoeker. Ik heb daarbij overigens niet de illusie dat met co-regulering alle grijze gebieden of alle problemen verdwijnen. Het gaat mij om het *zoveel mogelijk* vermijden van onduidelijkheid en daarmee het vergroten van de rechtszekerheid, beseffende dat een zekere mate van vaagheid niet te voorkomen zal zijn.

Instrumenten waar bij co-regulering aan kan worden gedacht zijn beleidsregels, leidraden en richtlijnen. Deze zijn op zichzelf niet bindend maar men blijkt er in de praktijk moeilijk omheen te kunnen.<sup>22</sup> Een duidelijk onderscheid tussen instrumenten als beleidsregels, leidraden of richtlijnen is, althans voor het privaatrecht, moeilijk te maken. Het is voor deze studie ook niet nodig. Het is voldoende te weten dat ze in het vervolg van dit onderzoek, ongeacht de aanduiding, dienen om betrokkenen en materiedeskundigen in de gelegenheid te stellen een aantal open geformuleerde gezichtspunten verder in te vullen. Het is belangrijk in het oog te houden dat het hierbij gaat om het concretiseren van de hierna te noemen gezichtspunten, die al deels worden geconcretiseerd.

Bij co-regulering kan worden onderscheiden tussen het concretiseren van normen vóór de inwerkingtreding ervan en daarna. Het eerste gebeurt al regelmatig. Aan het uitvaardigen van regels door de wetgever gaat in de regel een proces vooraf waarin de wetgever te rade gaat bij de betrokkenen in het veld en bij materiedeskundigen. Daarnaast wordt ook de parlementaire geschiedenis gebruikt om regels te concretiseren.

In toenemende mate zijn er echter ook voorbeelden van gevallen waarin betrokkenen de norm invullen of aanscherpen *nadat* een norm, wet of regel in werking is getreden. Een in het oog springend voorbeeld is de smartengeldbundel van de ANWB, die een overzicht geeft van bedragen die in rechtspraak voor immateriële schade is toegekend en waarbij tevens rekening is gehouden met de aard van het letsel en de inflatie.<sup>23</sup> Tot slot noem ik door de overheid gesloten convenanten, zoals die tussen de Belastingdienst en de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen of tussen de Belas-

19 Zo ook Eijlander 2005, p. 5 en Senden 2005, p. 11, beiden onder verwijzing naar punt 18 van de Interinstitutional Agreement 2003, dat stelt: 'Co-regulation means the mechanism whereby a Community legislative act entrusts the attainment of the objectives defined by the legislative authority to parties which are recognised in the field (such as economic operators, the social partners, non-governmental organisations, or associations). This mechanism may be used on the basis of criteria defined in the legislative act so as to enable the legislation to be adapted to the problems and sectors concerned, to reduce the legislative burden by concentrating on essential aspects and to draw on the experience of the parties concerned'. Vergelijk Van Gestel 2004, p. 503.

20 Van Gestel 2004, p. 509. Deze ontwikkeling beperkt zich niet tot Nederland. In Europa is een brede ontwikkeling van zelf- en co-regulering waarneembaar. Zie Eijlander 2005 en Senden 2005.

21 Vergelijk de punten 18 en 22 van de Interinstitutional Agreement 2003. Voor een faillissementsrechtelijk voorbeeld zie de 'Insolad Praktijkregels 2004' voor faillissementscuratoren.

22 Vranken 2004, p. 3.

23 Uitgebreider Giesen 2004, p. 149.

tingdienst en levensverzekeringsmaatschappijen, waarin partijen invulling hebben gegeven aan de open norm 'goed koopmansgebruik'.<sup>24</sup>

De *voordelen* van het gebruik van deze instrumenten zijn er in de kern zes, waarvan vooral de laatste drie zich onderscheiden van wetgeving door een wetgevingsproces.<sup>25</sup> De meeste van die voordelen gelden voor zowel co-regulering vóór de inwerkingtreding als daarna.

Ten *eerste* wordt met het vooraf (preventief) concretiseren van een norm latere wetgeving of rechtspraak voorkomen. Een *tuweede* voordeel is dat met co-regulering een zeker draagvlak wordt bereikt. Het verantwoordelijk maken van betrokkenen bij de invulling van de norm leidt eerder tot acceptatie van die norm dan wanneer de rechter, onderzoeker of wetgever deze invult.<sup>26</sup> Ten *derde* gebeurt de concretisering door materiedeskundigen, zodat een kwalitatief betere oplossing mag worden verwacht waarmee bovendien in meer situaties op voorhand kan worden voorzien. Ten *vierde* heeft repressief optreden tot voordeel dat men op ontwikkelingen of situaties kan inspelen die men op voorhand niet had voorzien. Als *vijfde* voordeel kan worden genoemd de snelheid, eenvoud en de relatief lage kosten die met co-regulering gepaard gaan. Aan de concretisering hoeft immers geen wetgevings- of rechtbankproces te pas te komen.<sup>27</sup> Als *zesde* voordeel noem ik, tot slot, de aansluiting bij maatschappelijke ontwikkelingen. De gedachte om deskundigen en betrokkenen bij de (verdere) invulling van een open norm te betrekken, sluit aan bij de terugtrekkende overheid en de eigen verantwoordelijkheid van burgers, maatschappelijke organisaties en marktpartijen, waarbij de inzet van zelfregulerende instrumenten nadrukkelijk wordt gestimuleerd.<sup>28</sup>

Tegenover de voordelen staat een aantal *nadelen*. Zo zou de inzet van beleidsregels, leidraden of richtlijnen mogelijk op gespannen voet staan met de rechtszekerheid, het beginsel dat regels kenbaar moeten zijn, de democratische legitimatie en representativiteit, en zou die inzet tot meer regels en fragmentatie daarvan leiden.<sup>29</sup> Sommige van deze nadelen zijn echter relatief en gelden deels ook voor het concretiseren door de rechter. Zo is de kritiek op de legitimatie en representativiteit betrekkelijk gering wanneer de overheid het co-reguleringsproces aanstuurt, controleert en verantwoordelijkheid draagt voor de coördinatie en uitkomsten ervan.<sup>30</sup> Het kader waarbinnen de co-regulering plaatsvindt dient door de wetgever te worden vastgesteld, waaraan de bij het proces betrokken partijen zijn gebonden.

Verder moet het bezwaar tegen de veronderstelde overregulering en fragmentatie worden genuanceerd. De regels die ten gevolge van co-regulering ontstaan zouden anders tot onduidelijkheden en onvolkomenheden leiden, die dan moeten worden opgelost door een moeizaam wetgevingsproces of met een duur en langdurig proces voor

24 Essers 2004, p. 22.

25 Zie ook Baldwin/Cave 1999, p. 40. De andere voordelen gelden overigens ten opzichte van invulling door de rechter of onderzoeker.

26 Giesen/Vranken 2004, p. 227-228; Eijlander 1993, p. 183. Daarom ook geeft de wetgever bij de totstandkoming van een wet of regel vaak al inspraak aan betrokkenen en deskundigen, zie Giesen/Vranken 2004, p. 227-228.

27 Giesen/Vranken 2004, p. 229-240. Voorts Baarsma/Felsö/van Geffen/Mulder/Oostdijk 2003, p. 17-18. Vergelijk Eijlander 1993, p. 183; Van der Ploeg/de Ru 1995, p. 290.

28 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 362, nr. 1, p. 5 en p. 28-29; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 12.

29 Giesen/Vranken 2004, p. 223-224 en p. 226-228; Van Gestel 2000, p. 307 e.v. Zie ook Eijlander 1993, p. 183.

30 Verschuuren 2004, p. 94 en Giesen/Vranken 2004, p. 227 jo. Vranken 2004, p. 2-3.

de rechter, soms zelfs tot aan de hoogste rechter toe.<sup>31</sup> Wél is het van belang dat op voorhand duidelijk wordt gemaakt welke gezichtspunten concretisering behoeven. Het risico bestaat (anders) dat er regels worden bedacht die niet nodig zijn of dat er zoveel regels ontstaan waardoor de flexibiliteit van de alternatieve criteria verloren gaat.<sup>32</sup>

Een ander mogelijk nadeel is dat belangengroepen het co-reguleringsproces in gevaar brengen omdat zij niet bereid zullen zijn mee te denken met het concretiseren van gezichtspunten. Het alternatief voor co-regulering is echter dat de wetgever of rechter de norm invult en dat kan nadelig zijn voor belangengroepen. Voor belangengroepen ontbreekt dan de mogelijkheid tot sturing of het uitoefenen van invloed<sup>33</sup>, terwijl hun invloed bij een wetgevingsproces een indirecte is (lobby). Bovendien doet de wetgever bij een wetgevingsproces al vaak een beroep op betrokkenen. De verwachting is daarom dat betrokkenen aan de co-regulering mee willen werken.

Een bezwaar dat tegen zelfregulering wordt aangevoerd, en dat mogelijk ook voor co-regulering geldt, betreft de mogelijk onduidelijke juridische status.<sup>34</sup> Verder is het denkbaar dat de normen door co-regulering dermate concreet worden dat ze te weinig flexibel zijn om een adequate belangenafweging mogelijk te maken. Dit gevaar kan worden ondervangen door duidelijk aan te geven wat moet worden geconcretiseerd en hoe dit in het algemeen dient te gebeuren, bijvoorbeeld door te werken met indicaties, met niet-limitatieve opsommingen en met 'in ieder geval'- en 'in ieder geval niet'-constructies.

Tot slot noem ik het gevaar van de kenbaarheid. Regels die in het kader van co-regulering worden opgesteld zullen niet voor iedere betrokkene kenbaar zijn.<sup>35</sup> Het is echter de vraag in hoeverre regels in een wet (in formele zin) kenbaar zijn, met andere woorden, of partijen de wettelijke regels raadplegen voordat zij handelen. Raadpleegt een partij een adviseur, dan mag er van worden uitgegaan dat deze bekend is met de materie.

Het voorgaande laat zich als volgt samenvatten. De inzet van instrumenten waarbij de betrokkenen en deskundigen zelf een norm invullen kan, vanuit zowel de kosten, eenvoud als flexibiliteit bekeken, de voorkeur verdienen boven een invulling door de wetgever, rechter of wetenschap.<sup>36</sup> Daarmee zullen niet alle lacunes of vaagheden worden opgelost, maar het proces zorgt wél voor het sneller en deskundig opstellen of aanpassen van regels dan met een wetgevings- respectievelijk rechtspraakproces. Of de regels dan uiteindelijk in een AMvB of in een leidraad worden gepubliceerd is om het even; zolang de snelheid, deskundigheid en efficiëntie gewaarborgd is.

Ik noem tot slot nog de *randvoorwaarden* die aan het co-reguleringsproces zijn verbonden. Behalve dat duidelijk moet zijn wat er dient te worden geconcretiseerd<sup>37</sup>, dat de bij het proces betrokken partijen representatief, georganiseerd en verantwoordelijk zijn<sup>38</sup>, en dat gewerkt wordt met niet-limitatieve opsommingen en invullingen, dient de overheid op de achtergrond mee te draaien. Deze betrokkenheid is niet alleen

31 Giesen/Vranken 2004, p. 229.

32 Vergelijk Westerman 2006.

33 Weterings 2004, p. 141, onder verwijzing naar rechtseconomische literatuur. Voorts Giesen/Vranken 2004, p. 224; Baarsma/Felsö/van Geffen/Mulder/Oostdijk 2003, p. 17-18; Van Driel 1989, p. 9 en 105.

34 Van Gestel 2000, p. 307.

35 Van Gestel 2000, p. 309, met verdere verwijzingen.

36 Giesen/Vranken 2004, p. 229-231.

37 Eijlander 2005, p. 5.

38 Eijlander 2005, p. 6.

noodzakelijk vanuit het oogpunt van democratische legitimering en representativiteit, maar tevens om een andere reden. Wil men het proces snel en efficiënt laten verlopen, ook nadat de normen in een wetgevingsproces tot stand zijn gekomen, dan is het essentieel dat iemand het overleg tussen de verschillende belangengroepen faciliteert en blijft faciliteren.

Het ligt voor de hand dat het initiatief voor het faciliteren van de co-regulering van de overheid uitgaat.<sup>39</sup> Deze heeft immers de bevoegdheid regels te stellen en het co-reguleringsproces te legitimeren. De bevoegdheid tot het stellen van regels kan zij echter delegeren aan een commissie van deskundigen. Die zal sneller dan de wetgever onvolkomenheden signaleren en daarmee ook eerder adequate maatregelen kunnen nemen, zoals het faciliteren van een nieuw proces tussen de belangenorganisaties. Voorts kan zo'n commissie, indien noodzakelijk, knopen doorhakken. De rol van een dergelijke commissie zou echter wel een andere moeten zijn dan die van de huidige Commissie Insolventierecht. Deze heeft immers een tijdelijk bestaan en is louter in het leven geroepen om te adviseren over wetgeving op het terrein van het insolventierecht.<sup>40</sup>

Wanneer ik hierna de verschillende gezichtspunten voor zover mogelijk concreetiseer (*par. 3.3-3.9*), veronderstel ik dat de genoemde randvoorwaarden in het co-reguleringsproces in acht worden genomen. Ik zal bij het concretiseren van de gezichtspunten steeds aangeven op welke punten het naar mijn mening verstandig is co-regulering in te zetten. Daarna beantwoord ik de vraag welke belangengroepen voor welke overlegprocessen in aanmerking komen (*par. 3.10*).

### 3.3 *Benadeling van schuldeisers*

In hoofdlijnen kan het benadelingsvereiste worden gehandhaafd. De bestaande invulling sluit aan bij belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Dit betekent dat nadeel zich op drie manieren kan (blijven) manifesteren, te weten door (i) een vermogensvermindering, door (ii) een wijziging van de in faillissement geldende rangorde of (iii) door een bemoeilijking van verhaal.<sup>41</sup> Voorts kan de vergelijking worden gehandhaafd met de hypothetische situatie dat de gedraging niet had plaatsgevonden. Hetzelfde geldt voor de leer van de middellijke benadeling. Dit betekent dat het nadeel later mag intreden dan direct na de gedraging.<sup>42</sup>

Door aan te sluiten bij de bestaande invulling van het benadelingsvereiste is het vrijwel zeker dat de geconstateerde 'andere problemen' die er rond het benadelingsvereiste zijn, zullen blijven bestaan. Dit betekent echter niet dat deze problemen als een gegeven moeten worden beschouwd.

In het kader van het co-reguleringsproces kan bijvoorbeeld worden bekeken of er oplossingen kunnen worden bedacht om discussies en geschillen te reduceren die gaan over waardebepalingen van goederen en diensten. De onduidelijkheid die (vooral in de literatuur) als gevolg van de contextuele benadering is ontstaan, lijkt echter moeilijk oplosbaar. Hoogstens kan worden benadrukt dat de vraag naar de benadeling vooral niet los kan worden gezien van andere gezichtspunten in situaties dat het moment dat de

39 Zo ook Baldwin/Cave 1999, p. 41; Van der Ploeg/de Ru 1995, p. 290.

40 Stcr. 2003, 76.

41 Uitgebreider hoofdstuk 2.

42 Uitgebreider hoofdstuk 2, paragraaf 3.

gedraging plaatsvindt niet samenvalt met dat waarop het nadeel ontstaat, en dat bij zo'n verband de voorzienbaarheid een belangrijke rol speelt. Immers, hoe meer kennis de betrokken partijen hebben van de omstandigheden, hoe beter zij kunnen beoordelen of de gedraging leidt tot nadeel en daarmee of er sprake is van connexiteit tussen de gedraging en het nadeel.

Ook is het moeilijk een passende oplossing te vinden voor de problemen bij de vergelijking met de hypothetische situatie dat de gedraging niet zou hebben plaatsgevonden, die vooral voor de minder ervaren curatoren problematisch blijkt.<sup>43</sup> Deze vergelijking is immers inherent aan het vorderen van schade.

### 3.4 Financiële toestand

De financiële toestand kan worden vastgesteld aan de hand van bijvoorbeeld een liquiditeits- en solvabiliteitstoets. De liquiditeitstoets komt neer op de beantwoording van de vraag of de direct opeisbare schulden kunnen worden betaald met vlottende activa zoals de kas, bank en activa waaruit op korte termijn geld vrijkomt, zoals vorderingen en voorraden gereed product.<sup>44</sup> Van insolabiliteit is sprake als het vreemd vermogen het actief overtreft en de schuldenaar op dat moment met zijn bezittingen niet meer in staat is zijn schulden te betalen.<sup>45</sup> Een liquiditeits- en solvabiliteitstoets is vergelijkbaar met de eerder besproken *cash flow* en *balance sheet test* en het Duitse begrip *Zahlungsunfähigkeit*.

Wil de curator relatief eenvoudig en tegen geringe kosten de financiële positie van de schuldenaar kunnen bepalen, dan is het zinvol indicaties voor illiquiditeit en insolabiliteit te ontwikkelen. Een aantal indicatoren kan worden ontleend aan het Duitse en Engelse recht, zoals het stopzetten van de bedrijfsactiviteiten of de omstandigheid dat een schuldeiser een executoriale titel verkrijgt en desondanks zijn vordering niet (geheel) op zijn schuldenaar kan verhalen. Andere (externe) signalen zijn een verslechtering van het betalingsgedrag aan schuldeisers en dan met name de fiscus en het pensioenfonds, sterke prijsconcurrentie, het voortdurend niet voldoen aan leveringsverplichtingen, een opvallend personeelsverloop en plotseling expansiegedrag.<sup>46</sup> Meer interne indicaties zijn het niet nakomen van leningsvoorwaarden aan de bank, het voortdurend 'voltrekken' van kredietlimieten, verzoeken om kredietoverschrijding, het niet-tijdig indienen van pandlijsten, het uitblijven van financiële rapportage en verliesversluiting.<sup>47</sup> Omdat deze signalen bij de (monitorende huis)bank bekend zijn, is het zinvol om in het kader van co-regulering te onderzoeken hoe vorm kan worden gegeven aan een gegevensoverdracht van de bank aan de curator. Verder is het belangrijk te inventariseren of er meer indicatoren kunnen worden gevonden en of er een hiërarchie in de signalen kan worden aangebracht.

---

43 Hoofdstuk 2.

44 Van Amsterdam 2004, p. 109; Van Ecghen 2002, p. 199.

45 Van Amsterdam 2004, p.108-109. Vergelijk HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (*Sobi/Hurks II*) m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

46 Vos 2003, p. 245.

47 Vos 2003, p. 192 e.v., alsmede Van Amsterdam 2004, p. 118, met verdere verwijzingen.

### 3.5 *Hoedanigheid van partijen*

Het gezichtspunt van de hoedanigheid dient om informatievoorsprongen en (andere) voordeelposities op te sporen. Er zijn drie categorieën van bijzondere hoedanigheden denkbaar. In welke categorie een persoon valt, is bepalend voor de reikwijdte van de zorgplicht tegenover schuldeisers. De categorieën die ik onderscheid zijn het hebben van (mede)bepalende invloed, gelieerdheid en de functie in het maatschappelijk verkeer die structureel voordeel tot gevolg heeft.

#### *(Mede)bepalende invloed*

De relatief grote verantwoordelijkheid van personen (wederpartijen) met (mede)bepalende invloed is gebaseerd op twee gedachten. Ten eerste is het waarschijnlijk dat iemand met dit type invloed een informatievoorsprong heeft die bestaat uit de kennis van de financiële toestand van de schuldenaar.

Ten tweede geeft substantiële invloed de mogelijkheid om met het oog op een faillissement en ten koste van schuldeisers de eigen positie of die van anderen te verbeteren. De mate waarin een wederpartij invloed kan uitoefenen op beslissingen van de schuldenaar is, met andere woorden, bepalend voor de financiële positie van de schuldenaar en diens schuldeisers. Deze betrokkenheid brengt dan een verantwoordelijkheid mee ten aanzien van de schuldeisers in de zin dat een persoon met (mede)bepalende invloed rekening dient te houden met de belangen van schuldeisers. De mogelijkheid tot het uitoefenen van invloed brengt tevens mee dat een wederpartij aansprakelijk kan zijn voor zowel een handelen met of het beïnvloeden van de schuldenaar, als voor het onterecht nalaten in te grijpen.

Overigens doel ik bij het begrip (mede)bepalende invloed alleen op die gevallen waarin sprake is van binding aan of tussen ondernemingen. In een onderneming bestaan bepaalde (formele) hiërarchische structuren die bepaalde personen (wederpartijen) macht en daarmee invloed geven. Te denken valt aan de invloed die bestuurders, commissarissen, aandeelhouders etc. op een vennootschap kunnen uitoefenen. Deze binding dient te worden onderscheiden van emotionele binding, waar formele machtsverhoudingen ontbreken.

Daarnaast kan de onderneming, in vergelijking met een natuurlijk persoon (consument), worden gezien als de economisch sterkere partij. Het drijven van een onderneming veronderstelt en vereist financiële deskundigheid, die zijn weerslag heeft op degenen die zich met die onderneming bemoeien; ook van hen mag financiële deskundigheid worden verwacht. Omdat deze financiële deskundigheid niet wordt verondersteld in gevallen van emotionele binding, dient dit type binding ook hierom anders te worden behandeld dan de binding aan of tussen ondernemingen. Het onderscheid komt hierin tot uitdrukking dat aansprakelijkheid wegens een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar niet kan voorkomen in die gevallen waarin slechts sprake is van emotionele binding.

Ik acht het denkbaar dat in ieder geval (feitelijk) bestuurders en commissarissen van ondernemingen als personen met (mede)bepalende invloed worden aangemerkt.<sup>48</sup> Hetzelfde geldt in mijn ogen voor monitorende banken en bepaalde (groot)aandeelhouders, bijvoorbeeld zij die een bepaald percentage van het uitstaande kapitaal bezitten.

<sup>48</sup> Vergelijk art. 43 Fw. Voorts hoofdstuk 7, paragraaf 10.

*Gelieerdheid*

Kenmerkend voor gelieerde personen, waarmee zij zich van personen met (mede)bepalende invloed onderscheiden, is dat zij niet of nauwelijks in staat zijn om de schuldenaar te bewegen tot het verrichten van handelingen die tot eigen voordeel strekken of (op andere wijze) benadelend zijn voor schuldeisers van de schuldenaar. Het ligt daarom voor de hand om ongeoorloofdheid alleen aan te nemen bij een (rechts)handeling en niet bij een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar.<sup>49</sup>

Een overeenkomst tussen gelieerde wederpartijen en personen met (mede)bepalende invloed is het aspect van de kenbaarheid. *Gelieerde* wederpartijen zitten dicht bij het vuur, zodat de financiële toestand van de schuldenaar voor hen eerder kenbaar is dan voor de schuldeisers die geen (mede)bepalende invloed hebben of niet aan de schuldenaar zijn gelieerd. Deze omstandigheid brengt een structurele voordeelpositie mee voor gelieerde wederpartijen ten opzichte van anderen.

Zo is het waarschijnlijk dat de schuldenaar uit eigen beweging een handeling verricht die voor de gelieerde wederpartij gunstig, en voor de (andere) schuldeisers benadelend is.<sup>50</sup> Wederpartijen die aan de schuldenaar zijn gelieerd zijn meer betrokken bij de schuldenaar, waardoor het waarschijnlijk is dat de schuldenaar met hen handelingen verricht die benadelend zijn voor (andere) schuldeisers. De gelieerdheid brengt, met andere woorden, mee dat niet iedere schuldeiser een gelijke kans heeft om betaald te worden.

Zo is het denkbaar dat een schuldenaar een gelieerde wederpartij eerder betaalt dan andere schuldeisers. Evenzo zal een schuldenaar eerder een goed aan een familielid schenken dan aan iemand die minder bij hem is betrokken. Ook hierdoor ontstaat structureel voordeel voor de wederpartij die aan de schuldenaar is gelieerd. Om deze reden brengt deze vorm van betrokkenheid verantwoordelijkheid mee jegens de schuldeisers van de schuldenaar, in die zin dat een handeling met een gelieerde wederpartij eerder als ongeoorloofd moet worden gezien dan een handeling met een wederpartij die niet aan de schuldenaar is gelieerd.

Om vast te stellen wie aan de schuldenaar is gelieerd, ligt het voor de hand in ieder geval aan te sluiten bij de indicaties die reeds in het Duitse, Engelse en Nederlandse recht zijn geformuleerd. Voorbeelden zijn de bloed-<sup>51</sup> en aanverwanten van de schuldenaar, en, in het geval van ondernemingen, bloed- en aanverwanten van bestuurders of commissarissen. Mogelijk dat ook andere personen gelieerd zijn, zoals werknemers met een leidinggevende functie of leveranciers. Dit kan in het kader van co-regulering nader worden onderzocht.

*Maatschappelijke positie die structureel voordeel tot gevolg heeft*

Bij het (louter) hebben van een *structurele voordeelpositie ten gevolge van een functie in maatschappelijk verkeer* is niet zozeer eventuele (mede)bepalende invloed of gelieerdheid, maar vooral de positie in het maatschappelijk verkeer beslissend voor de relatief grote zorgplicht.<sup>52</sup> Door deze positie verkrijgt de wederpartij feitelijk een voordeel boven andere schuldeisers. Hierbij valt te denken aan banken die hun vorderingen op de schul-

---

49 Het maakt dan ook geen verschil of er sprake is van emotionele binding of binding aan of tussen ondernemingen.

50 Paragraaf 2. Zo ook Verstijlen 1999b, p. 306.

51 Tot in welke graad dient in het kader van co-regulering te worden uitgezocht.

52 Vergelijk Du Perron 1999, p. 296.

denaar vóór faillissement verrekenen met betalingen die op de rekening-courantrekening van de schuldenaar binnenkomen. De structurele voordeelpositie bestaat hieruit dat degene die verrekent – meestal de bank – dit mag doen omdat hij vanwege zijn maatschappelijke rol in het betalingsverkeer betalingen van anderen ontvangt die hij met vorderingen op de schuldenaar kan verrekenen. Andere voorbeelden van personen met een spilpositie in het maatschappelijk verkeer die structureel voordeel tot gevolg heeft zijn dwangcrediteuren als gas- en waterleveranciers. Het feit dat dit type wederpartij voorziet in basisbehoeften maakt dat zij eerder zullen worden betaald dan andere schuldeisers.

De maatschappelijke positie brengt voorts mee dat de financiële toestand van de schuldenaar voor dit type wederpartij eerder kenbaar is dan voor andere ('normale') wederpartijen. Zo kan van de wederpartij die een oplopend negatief saldo heeft op een rekening-courantrekening, worden verondersteld dat deze in financiële problemen verkeert. Evenzo wijst het (structureel) onbetaald blijven van de – onoplettende – leverancier van elektriciteit of water in de richting van financiële problemen bij de schuldenaar.

Bij personen met een maatschappelijke positie valt niet alleen te denken aan dwangcrediteuren en banken die in rekening-courant verrekenen, maar ook aan kredietverschaffers die door hun functie in het kredietverkeer hun vorderingen op de schuldenaar kunnen verrekenen met betalingen door derden.<sup>53</sup>

Ik stel mij ten slotte voor dat er in het co-reguleringsproces een lijst wordt opgesteld waarin staat welke personen *in ieder geval* (mede)bepalende invloed hebben, gelieerd zijn of een positie in het maatschappelijk verkeer bekleden die structureel voordeel tot gevolg heeft. Daarnaast kan die lijst indicaties of vuistregels noemen waarmee achteraf kan worden vastgesteld of personen die niet op de lijst staan toch als een persoon met een bijzondere hoedanigheid kan worden gekwalificeerd.

### 3.6 Gebruikelijkheid

#### *Kans op gedraging bij wegdenken van (de mogelijkheid van) het faillissement*

Een gebruikelijkheidstoets dwingt tot het zoeken naar abnormaal gedrag en daarmee tot een vergelijking tussen een normale en een abnormale situatie. Een mogelijkheid is om het faillissement als abnormaal te beschouwen. Het faillissement wijkt immers af van de 'status quo': terwijl beschikkingsbevoegdheid tot de grondslagen van het vermogensrecht behoort, wordt deze in een faillissement vergaand beperkt. Voorts kan het faillissement in zekere zin worden gezien als onwenselijk – schuldeisers lijden schade – en ook daarmee in zekere zin als abnormaal.

Het als abnormaal beschouwen van het faillissement brengt mee dat ook gedragingen ongebruikelijk zijn waarbij wordt geanticipeerd op het abnormale (het faillissement). Of van anticipatie sprake is, kan worden bepaald door de vraag te stellen of de verrichte gedraging ook had plaatsgevonden als het faillissement, of de mogelijkheid daarvan, wordt weggedacht. Het gaat hierbij om vragen als 'lag het voor de hand dat de schuldeiser die is betaald ook zou zijn betaald als het faillissement niet aan de orde (of aanstaande) was?', 'vond de gedraging eenmalig en (dus) plotseling plaats?' of 'gaat het

<sup>53</sup> Of er andere partijen zijn die structureel kunnen verrekenen, zoals factormaatschappijen dient in het co-reguleringsproces te worden onderzocht.



om een gedraging die ook in het verleden en met enige regelmaat plaatsvond?'. De aard van de gedraging speelt daarbij een belangrijke rol.

Als het waarschijnlijk is dat de gedraging ook had plaatsgevonden als (de mogelijkheid van) het faillissement wordt weggedacht, ligt anticipatie niet voor de hand en moet worden vermoed dat de gedraging gebruikelijk was. Is het onwaarschijnlijk dat de gedraging had plaatsgevonden als (de mogelijkheid van) faillissement niet aan de orde was geweest, dan wijst dit in de richting van ongebruikelijkheid.

Het onderscheid verplicht-onverplicht kan een hulpmiddel zijn om de vergelijking te concretiseren. Het bleek reeds dat degene met een opeisbare vordering in de regel meer voor zijn eigen belang op mag komen en daarbij minder rekening hoeft te houden met de belangen van anderen dan degene die niet zo'n vordering heeft.<sup>54</sup> Het *ius vigilantibus* is, anders gezegd, normaler voor iemand met een opeisbare vordering dan voor iemand zonder zo'n vordering.

Het onderscheid verplicht-onverplicht is vooral relevant in situaties waarin de wederpartij géén bijzondere hoedanigheid heeft. De opkomst van andere instrumenten binnen het leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden laat een tendens zien waarin personen die bij de schuldenaar zijn betrokken niet alleen in het geval van onverplichte, maar ook bij verplichte handelingen vergaand rekening dienen te houden met belangen van schuldeisers van de schuldenaar.<sup>55</sup> Illustratief voor de gedachte dat de hoedanigheid van partijen het voor zichzelf opkomen relativeert, zijn de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling en de aansprakelijkheid wegens het wekken van de schijn van kredietwaardigheid. Rechtspraak op dit gebied laat zien dat op het moment dat het vermogen van de schuldenaar onvoldoende is om schuldeisers te betalen, meer gewicht wordt toegekend aan het gezichtspunt van de hoedanigheid dan aan het nakomen van verplichtingen aan schuldeisers met een bijzondere hoedanigheid. In het geval van een wederpartij met een bijzondere hoedanigheid helpt het onderscheid verplicht-onverplicht dan ook niet bij het beoordelen van de (on)gebruikelijkheid.

#### *Omvang van het nadeel*

Behalve de vergelijking met de situatie dat de mogelijkheid van een faillissement ontbreekt, is ook een andere vergelijking denkbaar. Hierbij dient de verdeling in faillissement als normaal te worden beschouwd, en een afwijking daarvan als abnormaal. Het toetsen aan de gebruikelijkheid komt dan neer op het beantwoorden van de vraag in hoeverre de verdeling in faillissement afwijkt van de verdeling die had plaatsgevonden als de benadelende gedraging niet had plaatsgevonden. Hoe groter die afwijking is, hoe abnormaler de gedraging.

Het vaststellen van de grootte van deze afwijking komt neer op een analyse van de omvang van het nadeel. Er zijn twee mogelijkheden om deze omvang te bepalen en te beoordelen. De absolute toets houdt in dat wordt bekeken hoe hoog het nadeel is in absolute zin. Is het nadeel € 100, € 5.000 of € 800.000?

Bij de relatieve toets wordt de omvang van het nadeel gerelateerd aan de omvang van het actief dat in faillissement. Dit betekent dat de invloed van de gedraging op de uitkeringspercentages in faillissement centraal staat: welk bedrag krijgen de schuldeisers in faillissement uitgekeerd en welk bedrag hadden zij uitgekeerd gekregen als de gedra-

---

<sup>54</sup> Hoofdstuk 1, paragraaf 2. De informatie hierna is tevens in die paragraaf te vinden.

<sup>55</sup> Zie hoofdstuk 4, paragraaf 2.2.

ging als ongeoorloofd wordt gekwalificeerd? Ook hier geldt dat, hoe groter de afwijking, hoe eerder de gedraging als ongebruikelijk moet worden gekwalificeerd.

Overigens veronderstelt de vergelijking waarbij de verdeling in faillissement als normaal wordt beschouwd dat de financiële toestand van de schuldenaar kenbaar is. Het moet, met andere woorden, kenbaar zijn dat de mogelijkheid van of kans op een verdeling – het faillissement – reëel is. Deze vergelijking is dan ook vooral relevant in het geval van personen met een bijzondere hoedanigheid, dat wil zeggen personen met (mede)bepalende invloed, gelieerde personen of personen met een maatschappelijke positie die structureel voordeel tot gevolg heeft. Dit type wederpartij kan de financiële toestand van de schuldenaar beter inschatten dan een wederpartij zonder zo'n hoedanigheid, en kan daarom ook de omvang van het nadeel beter bepalen van een voor schuldeisers benadelende gedraging. De vergelijking is dan ook minder zinvol in het geval van een wederpartij die geen bijzondere hoedanigheid heeft.

In het co-reguleringsproces kan worden onderzocht of de omvang van het nadeel nader kan worden geconcretiseerd. Hierbij past echter een waarschuwing. Indien met richtlijnen of normbedragen wordt gewerkt bestaat het risico dat de omvang van het nadeel een scherpe norm wordt waardoor calculerend gedrag ontstaat – men gaat net onder het grensbedrag zitten – of er constructies worden verzonnen waarmee de norm kan worden omzeild. Dit zou op gespannen voet staan met de flexibiliteit die gezichtspunten beogen te bieden. Daarbij komt dat een scherpe norm moeilijk is te geven omdat de omvang van nadeel moet worden gezien in samenhang met andere gezichtspunten, zoals de financiële toestand van de schuldenaar en de hoedanigheid van partijen.

Mocht een nadere concretisering toch zinvol worden geacht, dan doe ik hiertoe een tweetal suggesties. Een eerste is om het (sub)criterium van de omvang van het nadeel te concretiseren door een grensbedrag te stellen, in die zin dat een substantiële omvang van het nadeel wordt verondersteld als het nadeel hoger is dan het grensbedrag (absolute toets).

Een andere suggestie, die dan ook in het co-reguleringsproces nader kan worden onderzocht, is om de omvang van het nadeel in verband te brengen met de omvang van het actief dat in faillissement aanwezig is (relatieve toets). Door dit verband uit te drukken in een percentage, bijvoorbeeld door de omvang van het nadeel als percentage van de waarde van het in faillissement aanwezige actief te nemen, wordt inzichtelijk in hoeverre de uitkeringsratio's door de gedraging worden beïnvloed. Een substantiële omvang van het nadeel wordt dan vermoed als het percentage een bepaalde norm overschrijdt. Laat ik dit illustreren aan de hand van een voorbeeld.

Stel dat het nadeel ten gevolge van de gedraging € 1.000 is, het actief in faillissement een waarde van € 2.000 vertegenwoordigt en de norm 5% is. Het nadeel, uitgedrukt in een percentage van het actief, bedraagt hier 50%, zodat een substantiële omvang van het nadeel mag worden verondersteld. Overigens moet bij de relatieve toets worden bedacht dat het actief ten tijde van de gedraging verschilt van de omvang van het actief dat de curator in faillissement aantreft. De waarde van deze toets is dan ook beperkt.

*Rechtvaardiging van de gedraging*

Gebruikelijkheid impliceert ook een rechtvaardiging van de gedraging. Het kan immers zinvol zijn om in een (dreigende) abnormale situatie een andere gedraging te verrichten dan in de normale situatie. Overigens geldt daarbij dat hoe hoger de omvang van het nadeel is, hoe kleiner de kans is dat een ongebruikelijke gedraging kan worden gerechtvaardigd. De noodzaak van een gedraging is immers ver te zoeken als die veel nadeel meebrengt terwijl de schuldenaar al in financiële problemen verkeerde.

Een concrete maatstaf om vast te stellen of de gedraging kan worden gerechtvaardigd, is die waarbij wordt onderzocht in hoeverre de gedraging tot eigen voordeel heeft gestrekt dan wel (ook) tot voordeel van aan de wederpartij gelieerde partijen (hierna: ‘eigen’ voordeel). Er kan dan bijvoorbeeld worden gekeken naar de mate waarin de wederpartij door de transactie is gebaat en de mate waarin schuldeisers dit zijn die aan de wederpartij of de schuldenaar zijn gelieerd.<sup>56</sup>

De gedachte is dan dat als een gedraging tot nadeel leidt voor schuldeisers, de wederpartij iets heeft uit te leggen als deze, of een aan hem gelieerd persoon, voordeel geniet van de gedraging. De wederpartij die door een gedraging ‘eigen’ voordeel geniet dient, anders gezegd, zijn gedrag te rechtvaardigen. Hoe de factor ‘eigen voordeel’ gestalte krijgt bij de gebruikelijkheidstoets, illustreer ik aan de hand van het geval waarin de wederpartij geen ‘eigen’ voordeel geniet (*par. 3.7*) en de situatie waarin dit bij uitstek wél het geval is, te weten bij de geselecteerde schuldeiser (*par. 3.8*).

*3.7 Gebruikelijkheid en wederpartijen zonder ‘eigen’ voordeel*

Voor wederpartijen die nauw betrokken zijn bij de schuldenaar, zoals bestuurders, commissarissen en sommige aandeelhouders, kortom, voor personen met (mede)bepalende invloed, geldt dat aan hen een zekere vrijheid toekomt om risico’s te nemen. Dat moet ook worden bedacht als een beslissing achteraf ongunstig uitpakt, want schuldeisers die regelmatig zakendoen met of krediet verlenen aan de schuldenaar gaan er ook tot op zekere hoogte van uit dat personen met (mede)bepalende invloed risico’s nemen, wetende dat dit voordelig, maar ook nadelig kan uitpakken. Schuldeisers profiteren dan ook niet alleen van de voordelen, maar nemen het risico dat de schuldenaar nadelige transacties verricht op de koop toe. Zij vertrouwen daarbij op de ondernemerskwaliteiten van de schuldenaar.<sup>57</sup> Die zouden uiteindelijk ertoe moeten leiden dat de schuldeisers er per saldo op vooruitgaan.

De vrijheid om te ondernemen brengt mee dat een op het eerste gezicht abnormale gedraging toch tot gunstige gevolgen kan leiden voor de schuldenaar en diens schuldeisers. Die mogelijk gunstige gevolgen zijn er in het geval dat de bestuurder besluit om namens de schuldenaar investeringen te doen (die er dan natuurlijk niet toe strekken bepaalde personen te bevoordelen).

Het lijkt een vanzelfsprekendheid dat aan personen met (mede)bepalende invloed een zekere vrijheid toekomt zolang de gedragingen die zij verrichten niet strekken tot eigen voordeel of tot voordeel van bepaalde, meestal gelieerde personen. Het risico bestaat echter dat door het intreden van het faillissement het aspect van de ondernemers-

---

<sup>56</sup> Vergelijk de jurisprudentie over de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling. Zie hoofdstuk 4, paragraaf 2.2.

<sup>57</sup> Zie nader hoofdstuk 6, paragraaf 2.3.

vrijheid uit het oog wordt verloren. Hierdoor kan de ‘wijsheid’ achteraf, het gegeven dat het faillissement is uitgesproken, het oordeel over de ondernemerskwaliteiten van de wederpartij beïnvloeden, in die zin dat deze lager kunnen worden ingeschat dan ze in werkelijkheid zijn (*hindsight bias*).<sup>58</sup> Daarom dient terughoudendheid te worden betracht voor het aansprakelijk houden van personen met (mede)bepalende invloed die gedragingen hebben verricht die niet tot ‘eigen voordeel’ strekken.

Waar kunnen deze personen met (mede)bepalende invloed dan voor worden aangesproken? Wat is, met andere woorden, voor hen gebruikelijk? Bij een onderneming is in ieder geval vereist dat er een adequate financiële administratie of boekhouding voorhanden is. De ondernemersvrijheid gaat niet zover dat dit kan en mag ontbreken. De gevolgen of risico's van een gedraging zijn niet in te schatten als de bestaande financiële situatie onbekend is, wat het geval is indien een deugdelijke financiële administratie ontbreekt.<sup>59</sup> Om überhaupt rekening te kunnen houden met belangen van schuldeisers is het bovendien vereist dat men inzicht heeft in de mate waarin de belangen van schuldeisers door een gedraging kunnen worden geschaad of verbeterd. Deze gedachte sluit aan bij het geldende recht, waarin het hebben van een adequate administratie bij wet is verplicht.<sup>60</sup>

Verder kan, voor wat personen met (mede)bepalende invloed betreft, worden aangesloten bij bestaande jurisprudentie op het terrein van kennelijk onbehoorlijk bestuur.<sup>61</sup> Die jurisprudentie geeft indicaties van waar de ondernemersvrijheid ophoudt; thans bij een ‘ernstig verwijt’.

Waarbij aangesloten *moet* worden, zijn de regels (bewijsvermoedens) over het niet (tijdig) deponeren of publiceren van de jaarrekening.<sup>62</sup> Deze regels zijn neergelegd in Europese richtlijnen<sup>63</sup>, maar zijn omstreden. Men zou zich af kunnen vragen of de publicatieplicht een reële en adequate bescherming vormt voor schuldeisers, die de jaarrekening of verkorte balans slechts één keer per jaar en vaak pas na dertien maanden zien, als ze deze al zien. Bovendien laten schuldeisers als de bank, fiscus of belangrijke leveranciers zich op andere manieren op de hoogte laten houden van de financiële situatie bij de schuldenaar. Voorts is een vorm van privatisering denkbaar en overigens al gaande, waarbij private partijen zoals Graydon hun bedrijf maken van het monitoren van de financiële situatie van debiteuren.

Tegen deze achtergrond is de publicatieplicht omstreden. Het vergrijp is relatief licht terwijl de gevolgen voor de bestuurder groot zijn: deze heeft zijn taak onbehoorlijk vervuld en vermoed wordt dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. In de praktijk ontstaat dan ook een tegenbeweging. Naar eigen zeggen staat een aantal rechtbanken (rechters-commissarissen) een curator het niet toe een bestuur-

58 Zie ook hoofdstuk 6, paragraaf 8.4.

59 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4.

60 Bepalend voor de adequaatheid is het beeld van de ontwikkeling van het vermogen, de debiteuren- en crediteurenpositie en het totaalresultaat, zie art. 2:10 en art. 2:394 BW jo. HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713 respectievelijk Wezeman 2003, p. 161, onder verwijzing naar jurisprudentie. Zie ook *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3.

61 Zie hiervoor onder andere Asser-Maeijer-van den Ingh 2000 (2-III), nr. 326 e.v.; Van Schilfgaarde/Winter 2003, nr. 48; Wezeman 2003, p. 159-161.

62 Art. 2:138/248 BW jo. art. 2:394 BW.

63 Zie onder andere Richtlijn 68/151/EEG (PB L 65 9.3.1968).

der aan te spreken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid alleen omdat deze niet (tijdig) aan zijn publicatieplicht heeft voldaan.<sup>64</sup>

### 3.8 Gebruikelijkheid en geseceureerde schuldeisers

Het hanteren van een factor als de omvang van het nadeel en het wegdenken van het faillissement leidt er voor veel kredietverschaffers toe dat zij een op het eerste gezicht ongebruikelijke voorrangspositie hebben in faillissement. Bij het toepassen van een gebruikelijkheidstoets zouden zij dan nogal wat hebben uit te leggen, want kredietverschaffers, vooral huisbanken, hebben vaak zekerheidsrechten op een substantieel gedeelte van het vermogen van de schuldenaar.

Er is veel geschreven over de vraag of en, zo ja, wanneer een rechtvaardiging bestaat voor dergelijke voorrangsposities. De discussie spitst zich toe op het nut van een omvangrijke zekerheidsstelling, in het bijzonder op de vraag of zekerheid wel efficiënt is, of dit de welvaart maximaliseert.<sup>65</sup> Ik vat de voor- en tegenargumenten kort samen, waarbij ik mij voornamelijk baseer op eerder onderzoek.<sup>66</sup>

Een eerste stroming bepleit dat zekerheidsstelling het risico reduceert dat banken lopen, hetgeen de beschikbaarheid van krediet, en daarmee de welvaart, verhoogt. Een tweede stroming wijst op *inefficiëntie* van zekerheidsstelling. Zo zouden geseceureerde schuldeisers onvoldoende worden geprikkeld om tijdig de stekker eruit te trekken. Daarnaast zijn er *adjusting creditors*, die door het risico dat zij door zekerheidsstelling lopen hun kredietvoorwaarden en rentepercentages in een voor de welvaart negatieve zin aanpassen. Voorts zouden er *non-adjusting creditors* zijn die niet adequaat kunnen reageren op een zekerheidsstelling, zoals kleinere schuldeisers als leveranciers of onrechtmatige-daadschuldeisers, zodat door zekerheidsstelling het insolventierisico van de draagkrachtigen naar de minder draagkrachtigen wordt verplaatst.

Inmiddels zijn er aanwijzingen dat een minder sterke voorrangspositie geen significant effect heeft op de rentemarges die banken hanteren. Uit empirisch onderzoek blijkt de rentepercentages die banken hanteren nagenoeg gelijk zijn in landen waar de *recovery rates* van banken nogal uiteenlopen. Zo hebben banken in het bankonvriendelijke Frankrijk een *recovery rate* van 56%, tegen 92% in het bankvriendelijke Engeland en 67% in Duitsland, maar zijn de rentepercentages nagenoeg gelijk (in Frankrijk soms zelfs lager dan in Engeland of Duitsland) en is het aantal faillissementen in Frankrijk substantieel hoger.<sup>67</sup>

Andere beweringen steunen op aannames die niet worden ondersteund door empirisch onderzoek of cijfermateriaal. Daarmee is de stelling, dat een verhoogd risico voor banken leidt tot een hogere rente, een afname van de beschikbaarheid van het krediet en tot minder welvaart, op zijn minst omstreden. Deze vormt in mijn ogen dan ook niet de rechtvaardiging voor de voorrangspositie die door zekerheidsrechten ontstaat.<sup>68</sup>

64 Deze (niet-gepubliceerde) informatie is verkregen in onderzoek naar het functioneren van de Garantstellingsregeling.

65 Zie Van den Heuvel 2004, met op p. 115-130 verwijzingen naar het rechtseconomische debat. Voorts Blomkwist 2004; De Vries 2004; Van Amsterdam 2004.

66 Vos 2003; Van Amsterdam 2004; Van den Heuvel 2004.

67 Davydenko/Franks 2005.

68 Zie ook Van den Heuvel 2004, p. 131.

Wat vormt dan wél die rechtvaardiging? Dat is dat (i) krediet in de regel essentieel is voor het functioneren van een onderneming en (ii) schuldeisers profiteren van het adequaat monitoren door één schuldeiser.<sup>69</sup> Met het laatste bedoel ik dat aanmodderen door de schuldenaar wordt voorkomen – de monitorende schuldeiser zal op een zeker moment ingrijpen – waarmee ook (verdere) schade bij de schuldeisers wordt voorkomen. Dat monitoring voordelig is voor andere schuldeisers en zekerheidsrechten, brengt mee dat het in de rede ligt om geseceerde schuldeisers als banken te beoordelen op hun monitoractiviteiten. Met andere woorden, als de kredietverstrekker niet goed heeft gemonitord, zou moeten worden aangenomen dat deze ongeoorloofd heeft gehandeld tegenover de andere schuldeisers.<sup>70</sup>

De gedachte is dan dat de geseceerde kredietverschaffer in faillissement laat zien of danwel hoe deze heeft gemonitord. Deze geeft inzicht in de keuzen die deze heeft gemaakt en de redenen daarvoor.<sup>71</sup> Op basis hiervan kan de curator overwegen om de zekerheden te erkennen of te vorderen dat de kredietverschaffer zich slechts op een deel van de zekerheden mag beroepen. Dit idee, dat geseceerde schuldeisers in faillissement verantwoording dienen af te leggen over de wijze waarop zij hebben gemonitord, sluit aan bij de gedachte dat een persoon met (mede)bepalende invloed iets heeft uit te leggen als deze een gedraging verricht die tot eigen voordeel leidt.

Bij het beoordelen van het monitoren door de sterk geseceerde schuldeiser dient echter rekening te worden gehouden met de *hindsight bias*. Het intreden van het faillissement betekent niet automatisch dat een bank onvoldoende heeft gemonitord. Aan het faillissement kunnen tal van andere oorzaken ten grondslag liggen, zoals mismanagement, geen duidelijke strategie of economische omstandigheden.<sup>72</sup>

Het gaat er dan ook niet om dat banken zich bij iedere handeling door de schuldenaar moeten afvragen of deze al dan niet door de beugel kan<sup>73</sup>, maar om het algemene beeld dat ontstaat: heeft de bank tijdig en redelijkerwijs met de belangen van schuldeisers rekening gehouden? Zo bezien is de vrees, dat door meer verantwoordelijkheid van banken te verlangen er een golf aan succesvolle aansprakelijkheidsstellingen ontstaat, ongegrond. Daarbij komt dat de belangen van schuldeisers en kredietverschaffers tot op zekere hoogte parallel lopen: beide verdienen aan een kredietwaardige schuldenaar, zodat zij een schuldenaar liever gezond maken dan deze het faillissement insturen.<sup>74</sup> Tot slot, zo wordt gesteld, vinden vóór faillissement en onder leiding van de bank reorganisaties van ondernemingen plaats waarvan 60-75% succesvol is.<sup>75</sup> Deze omstandigheden zouden geen aanleiding hoeven te geven om het gedrag en de keuzen van banken te wantrouwen.

69 Van den Heuvel 2004, p. 132-133.

70 Zo ook Van den Heuvel 2004, p. 153-155. Op de vraag wat de rechtsgevolgen van slecht 'monitoren' behoren te zijn, kom ik terug in hoofdstuk 9.

71 Van den Heuvel 2004, p. 155-156. Zo ook Vos, p. 430. Ook Blomkwist is hier niet op tegen, zie Blomkwist 2004, p. 347.

72 Zie bijvoorbeeld Adriaanse 2005, p. 48.

73 Zoals gesteld in Blomkwist 2004, p. 346.

74 Blomkwist 2004, p. 346.

75 Franken 2002, p. 338. Voorts Van Amsterdam 2004, p. 201 en Van den Heuvel 2004, p. 113, beiden met verdere verwijzingen. Deze claim lijkt te worden ondersteund door empirische gegevens, zie Van Amsterdam 2004, p. 229-239. 'Lijkt', want een causaal verband tussen de begeleiding van de bank en een succesvolle doorstart buiten faillissement kan niet worden gegeven, aldus Van Amsterdam 2004, p. 239.

Wél zal er een behoefte bestaan aan richtlijnen waarmee het gedrag van banken kan worden beoordeeld. Overigens zal deze zoektocht niet tot ‘harde’ of heel scherpe criteria leiden. Net zoals bij zoveel rechtsfiguren is dat gewoonweg onmogelijk.

Waar kunnen richtlijnen, criteria of aanknopingspunten worden gevonden om het monitoren te beoordelen? Ten *eerste* hanteren banken zelf criteria om de kredietwaardigheid te beoordelen, ook voor continuering van krediet. Zo maken de Bijzonder Beheer afdelingen van banken thans keuzen in het kader van reorganisatieprocedures. De kenbaarheid van die keuzes, die op bepaalde (objectieve) gegevens moeten zijn gebaseerd, zou ten goede komen aan het opstellen van vuistregels.

Ten *twede* kunnen in het kader van co-regulering indicatoren of vuistregels worden bedacht. Door daarna de gegevens te blijven verzamelen zullen die zich steeds verder kunnen uitkristalliseren. Het ontwikkelen van indicatoren en vuistregels leidt niet tot het kwantificeren van aspecten als het hebben van vertrouwen in de leiding<sup>76</sup>, maar dat is ook niet nodig. Waar het om gaat is dat kan worden beoordeeld of een geseceureerde schuldeiser slechts in zijn eigen belang heeft gehandeld of ook voldoende oog heeft gehad voor andere schuldeisers.

Ten *derde* moet het mogelijk zijn om uit de in faillissement inzichtelijk gemaakte beslissingen vuistregels te distilleren. Met name in het begin zal dit moeilijk zijn, maar door faillissementsdossiers te (blijven) verzamelen, te categoriseren en te analyseren zal na een periode een beeld ontstaan van de criteria die banken hanteren om de kredietwaardigheid bij hun cliënten te beoordelen en op grond waarvan zij besluiten in te grijpen.

### 3.9 *Hoedanigheid en gebruikelijkheid in een matrix*

Ik constateerde dat drie factoren de gebruikelijkheidstoets invullen, te weten (i) de kans op de gedraging als (de mogelijkheid van) het faillissement wordt weggedacht, (ii) de omvang van het nadeel en (iii) de rechtvaardiging van de (op het eerste gezicht) ongebruikelijke gedraging. Uit de voorgaande (sub)paragrafen blijkt tevens dat het gewicht dat aan de drie factoren wordt toegekend, afhankelijk is van type hoedanigheid van de wederpartij. Om te voorkomen dat hierdoor het overzicht verloren gaat, tracht ik de verhouding tussen de verschillende typen hoedanigheden en de drie factoren met behulp van een matrix te visualiseren.

---

76 Blomkwist 2004, p. 345.

Factoren gebruikelijkheid \ Hoedanigheid	(Mede) bepalende invloed	Gelieerd- heid	Maatschap- pelijke positie	Wederpartij zonder bijzondere hoedanigheid
Kans op gedraging bij wegdenken mogelijkheid faillissement - Aard van de gedraging - Verplicht-onverplicht	+	+	+	++
Omvang nadeel	++	++	++	+
Rechtvaardiging - 'Eigen' voordeel - Adequaar monitoren	+++	-	-	-

Figuur 7

Deze matrix geeft per type hoedanigheid weer hoe belangrijk welk aspect van de gebruikelijkheid is. Hierbij geldt dat hoe meer plussen ('+') er bij een onderdeel van de gebruikelijkheid staan, des te belangrijker die factor is ten opzichte van andere factoren. Zo is bij gelieerdheid vooral de omvang van het nadeel belangrijk en de kans op de gedraging als het faillissement wordt weggedacht minder relevant. Een min ('-') houdt in dat de betreffende factor niet bij de beoordeling dient te worden betrokken.

Ik realiseer me dat de keuzes voor de waarden die zijn toegekend in zekere zin arbitrair zijn. Willekeurig zijn ze echter niet. Ik licht dit hierna toe wanneer ik uitleg waarom ik welke waarden heb toegekend aan de verschillende factoren. Deels volgde de verklaring uit de vorige paragraaf.

Bij een partij met *(mede)bepalende invloed* is de vrijheid om te ondernemen belangrijk. Om die te benadrukken ken ik drie plussen aan de factor 'rechtvaardiging' toe, welke plussen natuurlijk minder of zelfs geen waarde dienen te krijgen als gedragingen tot 'eigen' voordeel strekken. Het wegdenken van het faillissement is echter nauwelijks relevant voor dit type hoedanigheid. De vergelijking met de situatie alsof een (mogelijk) faillissement niet aan de orde was, beoogt onder meer gedragingen, waarbij de financiële problemen bij de schuldenaar kenbaar waren, te scheiden van gedragingen waarbij dat niet het geval was. Zo'n schifting heeft weinig zin indien wordt verondersteld dat de financiële positie van de schuldenaar kenbaar is voor iedere wederpartij met *(mede)bepalende invloed*. Er valt dan immers niets te schiften, omdat van de wederpartij nu eenmaal mag worden verwacht dat deze zich op de hoogte laat stellen van de financiële toestand van de schuldenaar.

Om die reden ken ik aan de omvang van het nadeel meer relevantie toe dan aan het wegdenken van de mogelijkheid van faillissement. Dat de omvang van het nadeel bij een wederpartij met *(mede)bepalende invloed* relevant is, heeft te maken met het gegeven dat zo'n wederpartij de financiële toestand van de schuldenaar beter kan inschatten dan een wederpartij zonder zo'n hoedanigheid, en daarom ook de omvang van het nadeel van een voor schuldeisers benadelende gedraging beter kan inschatten.



Een *gelieerde wederpartij* heeft geen (mede)bepalende invloed. Daarom kan dit type persoon benadelende gedraging niet rechtvaardigen. De factor ‘rechtvaardiging’ krijgt dan ook een min (-). Wél relevant is de omvang van het nadeel. De kans is relatief groot dat de schuldenaar zijn schuldeisers benadeelt ten koste van een gelieerde wederpartij. Daarbij komt de veronderstelde kenbaarheid van de financiële toestand van de schuldenaar, waardoor relatief goed kan worden ingeschat of schuldeisers nadeel leiden door de gedraging. Dit veronderstelde inzicht in de financiële toestand van de schuldenaar maakt ook hier dat de omvang van het nadeel relevanter is dan het wegdenken van de mogelijkheid van een faillissement.

De structurele voordeelpositie van een wederpartij met een *spilfunctie in het maatschappelijk verkeer* maakt dat schuldeisers niet een gelijke kans hebben op nakoming van hun vordering. Bovendien heeft die positie tot gevolg dat de financiële situatie eerder kenbaar is dan in het geval van een ‘normale’ schuldeiser. Het gaat er dan om het structureel voordeel tegen te gaan indien dit voordeel te groot wordt. Omdat tegenover het voordeel het nadeel van de schuldeisers staat, is het belangrijk om te toetsen of het nadeel te groot wordt. De omvang van het nadeel dient daarom het grootste gewicht te krijgen.

De factor ‘rechtvaardiging’ hoeft niet te worden meegewogen omdat (mede)bepalende invloed ontbreekt. Het wegdenken van het faillissement hoeft niet of nauwelijks bij de beoordeling te worden betrokken. Deze toets zal immers vrijwel altijd tot de conclusie leiden dat de gedraging gebruikelijk is, terwijl het gaat om het terugdringen van de structurele voordeelpositie.

De *wederpartij zonder bijzondere hoedanigheid* is niet of nauwelijks betrokken bij de schuldenaar en heeft daarom nauwelijks tot geen inzicht in de financiële situatie van de schuldenaar. Om die reden is de factor ‘rechtvaardiging’ hier irrelevant. Om dezelfde reden is voor hen ook de omvang van het nadeel moeilijk in te schatten, zodat deze factor een relatief gering gewicht heeft.

Het wegdenken van het faillissement is bij dit type wederpartij wél relevant. De vergelijking beoogt immers gedragingen waarbij de financiële problemen bij de schuldenaar kenbaar waren, te scheiden van gedragingen waarbij die kenbaarheid ontbreekt; een gedraging waarvan het onwaarschijnlijk is dat deze wordt verricht zonder de mogelijkheid van een faillissement, wijst op kenbaarheid. Daarom krijgt deze factor twee plussen, terwijl de omvang van het nadeel één plus krijgt.

### 3.10 Co-regulering: wie doet wat?

Ik roep in herinnering welke aspecten concretisering behoeven. Het gaat kort gezegd om (i) het ontwikkelen van indicatoren voor het beoordelen van de liquiditeit en solvabiliteit, (ii) het bedenken van richtlijnen of vuistregels om vast te stellen of een wederpartij een bijzondere hoedanigheid heeft, en zo ja, welke, alsmede om (iii) de factoren nader uit te werken waarmee de (on)gebruikelijkheid kan worden vastgesteld, waaronder begrepen het bedenken van vuistregels en indicatoren om vast te stellen of kredietverschaffers adequate beslissingen hebben genomen. Voorts kan in het co-reguleringsproces aan de orde komen hoe er meer duidelijkheid kan komen over de waardering van goederen, diensten en goodwill. Daar is immers behoefte aan.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Hoofdstuk 2, paragraaf 5.

Om voor het co-reguleringsproces in aanmerking te komen dienen de bij het proces betrokken partijen representatief, georganiseerd en verantwoordelijk te zijn.<sup>78</sup> Het is voor mij niet precies duidelijk welke partijen hieraan voldoen. De wetgever heeft hier meer zicht op. Deze betreft dergelijke partijen al regelmatig bij het maken van wetgeving. Ook heeft de wetgever geruime ervaring op het terrein van zelf- en co-regulering. Ik beperk mij daarom tot het noemen van partijen die in ieder geval aan bovengenoemde kenmerken voldoen.

In ieder geval lijken de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (Insolad) en Rechters-commissarissen in faillissement (Recofa) geschikt om aan het proces deel te nemen. Voor deze groepen geldt dat zij, gezien de aard van de werkzaamheden, direct betrokken zijn bij dagelijkse praktijk en ingewijd zijn in de materie. Omdat veel banken monitoren dient in ieder geval ook de Nederlandse Vereniging voor Banken (NVB) bij het co-reguleringsproces te worden betrokken. Voorts kan worden gedacht aan een organisatie als het MKB.

#### 4 Hiërarchie van gezichtspunten

Hoewel het beoordelen van de ongeoorloofdheid slechts mogelijk is door de verschillende gezichtspunten in hun onderlinge samenhang te bezien, is het mogelijk een onderverdeling in de relevante gezichtspunten te maken en een hiërarchie aan te brengen.

Om van ongeoorloofdheid te kunnen spreken dient er in ieder geval nadeel te zijn ontstaan bij schuldeisers, welk nadeel voorts moet zijn veroorzaakt door de gedraging. Daarmee is *benadeling* een hoofdingrediënt voor ongeoorloofdheid: zonder nadeel kan van ongeoorloofdheid per definitie geen sprake zijn.<sup>79</sup>

Verder is het gezichtspunt van de *financiële toestand* van de schuldenaar belangrijk. Zolang de schuldenaar in staat is zijn schuldeisers te betalen kan in de regel immers moeilijk van nadeel bij schuldeisers worden gesproken.<sup>80</sup> Het ontbreken of vergaand relativeren van dit gezichtspunt zou het alternatieve instrument dan ook zeer omstreden maken.

Als de schuldenaar geen financiële problemen heeft, kan van ongeoorloofdheid alleen sprake zijn als het gaat om gedragingen waarbij evident op een faillissement wordt geanticipeerd. Voorbeelden van zulke gedragingen zijn eigendomsvoorbehouden, pand- en hypotheekrechten, bankgaranties of contractuele afspraken die specifiek voor een eventueel faillissement zijn bedoeld. In dit type situatie zijn de *hoedanigheid* van de wederpartij en de *gebruikelijkheid* van de gedraging bepalend voor de (on)geoorloofdheid. De financiële toestand in de regel niet. Het kan immers voorkomen dat een wederpartij een voorrangpositie inneemt terwijl de schuldenaar dan (nog) geen in financiële problemen heeft.

Indien de gedraging niet evident met het oog op het faillissement is verricht vormt een slechte financiële toestand tijdens of door de gedraging een voorwaarde voor ongeoorloofdheid. Daarnaast is dit gezichtspunt samen met de hoedanigheid en de gebrui-

<sup>78</sup> Eijlander 2005, p. 6.

<sup>79</sup> Zie paragraaf 2 van dit hoofdstuk.

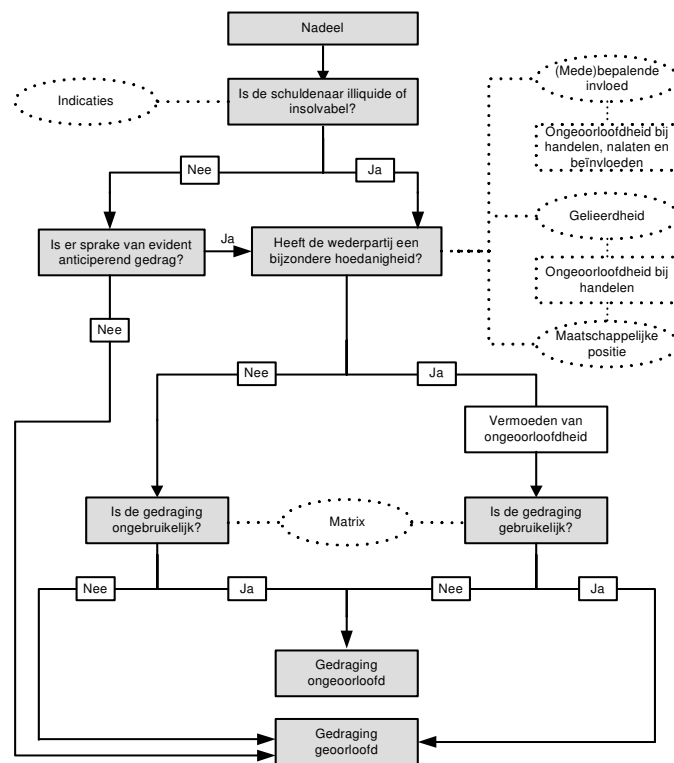
<sup>80</sup> Een uitzondering is als gezegd een gedraging die, terwijl de schuldenaar financieel gezond is, met het oog op een faillissement plaatsvindt. Hierover meer aan het slot van deze paragraaf.

kelijkheid van invloed op de ongeoorlooftheid. Hoe beroerder de financiële toestand van de schuldenaar immers is, hoe kleiner de kans dat deze zal verbeteren.

De verhouding tussen de hoedanigheid en de gebruikelijkheid zou tot uitdrukking kunnen komen in de vorm van een vermoeden: als de wederpartij een bijzondere hoedanigheid heeft, wordt de ongeoorlooftheid vermoed. Voor de verhouding tussen de verschillende typen hoedanigheden en de (sub)criteria van de gebruikelijkheid verwijs ik naar de matrix in paragraaf 3.9 (figuur 7).

## 5 Stappenplan

Tegen de achtergrond van voornoemde gradatie van gezichtspunten acht ik het mogelijk een stappenplan op te stellen. Ik geef dat in een stroomschema weer (figuur 8), dat ik voorzie van een toelichting. Zo'n schema vergroot de voorspelbaarheid van de gezichtspuntencatalogus en geeft meer inzicht in de hiërarchie van de verschillende gezichtspunten, hoewel ik beseft dat in zo'n stappenplan de gedachte, dat de gezichtspunten in hun onderlinge samenhang moeten worden gezien en elkaar kunnen beïnvloeden, niet goed tot uitdrukking komt.



Figuur 8

Het ligt in beginsel op de weg van de curator om het nadeel aannemelijk te maken. Hij beschikt immers over de benodigde financiële gegevens als de administratie, boekhou-

ding en jaarrekeningen e.d. Als deze gegevens ontbreken, ligt het voor de hand de bestuurder aan te spreken, voor zover er een bestuurder is en voor zover deze verhaal biedt. Deze heeft immers, terwijl hij bepalende invloed heeft, nagelaten voor deze gegevens zorg te dragen, hetgeen voor een bestuurder gebruikelijk is nu het een wettelijk vereiste is om deze gegevens beschikbaar te hebben.<sup>81</sup>

Na het vaststellen van het nadeel dient te worden vastgesteld dat met de gedraging evident op een eventueel faillissement werd geanticipeerd en, al dan niet aan de hand van indicatoren, dat de schuldenaar insolvent danwel illiquide was. Gezien zijn informatiepositie ligt het opnieuw op de weg van de curator om, eventueel in samenwerking met de (huis)bank of de fiscus, de financiële problemen aannemelijk te maken. In de situatie dat de benadelende handeling plaatsvindt als de schuldenaar niet insolvent of illiquide is, dient vast te komen staan dat de wederpartij evident op het faillissement anticipeerde.

Daarna is het van belang na te gaan of de aangesproken wederpartij gelieerd is respectievelijk (mede)bepalende invloed of een structurele voordeelspositie heeft. Als de wederpartij zo'n bijzondere hoedanigheid heeft, wijst dit in de richting van ongeoorloofdheid. Of de gedraging dan daadwerkelijk ongeoorloofd is, hangt af van de mate van de gebruikelijkheid van de gedraging. Voor de specifieke werking van dit criterium en haar verhouding tot het gezichtspunt van de hoedanigheid verwijs ik naar de matrix in paragraaf 3.9.

## 6 Gevolgen stappenplan voor criteria van andere instrumenten

Het toepassen van de ontwikkelde criteria heeft tot gevolg dat criteria van andere instrumenten overbodig worden.<sup>82</sup> Dit komt omdat de criteria van het ontwikkelde instrument deels zijn ontleend aan die waarmee wordt beoordeeld of er sprake is van onbehoorlijk bestuur of van een selectieve betaling. Ik licht dit toe.

Of sprake is van *kennelijk onbehoorlijk bestuur* of een *selectieve betaling*, is in de eerste plaats afhankelijk van het antwoord op de vraag of het gedrag heeft geleid tot 'eigen' voordeel. Hoe meer het gedrag tot voordeel heeft gestrekt van een bestuurder, aandeelhouder of een (andere) gelieerde wederpartij, hoe eerder onder het geldende recht sprake zal zijn van ongeoorloofdheid (onrechtmatigheid). Ontbreekt 'eigen' voordeel, of is het gering, dan dient aan een persoon met (mede)bepalende invloed een grote vrijheid te worden toegekend. Deze gedachte komt tot uitdrukking in een eis als 'ernstig verwijt'.<sup>83</sup>

In het geldende recht zijn inmiddels richtlijnen te formuleren van wat geoorloofd en ongeoorloofd is voor bestuurders of andere personen die zich met de feitelijke gang van zaken bij een onderneming bemoeien als ware zij bestuurder. Deze richtlijnen geven feitelijk een invulling aan het aspect van ondernemingsvrijheid en kunnen daarom zonder problemen in de gebruikelijkheidstoets worden ingepast.

Een eerste richtlijn staat in de artikelen 2:138/248 BW, waarin onder meer staat dat het niet-voeren van een adequate boekhouding (administratie) gelijk staat aan onbehoorlijk

81 Art. 2:10 en 2:394 BW. Als gezegd dient in het kader van co-regulering te worden nagegaan of de eis van het (tijdig) deponeren van jaarrekeningen voor alle typen vennootschappen dient te worden gehandhaafd. Zie paragraaf 3.7.

82 Zie ook hoofdstuk 6, paragraaf 8.3.

83 Paragraaf 3.7.

bestuur, en dat wordt vermoed dat het een belangrijke oorzaak voor het faillissement is geweest.<sup>84</sup> Hetzelfde geldt thans overigens voor de (omstreden) regels over het niet (tijdig) deponeren of publiceren van jaarrekeningen.

De tweede richtlijn houdt in dat de ondernemersvrijheid afneemt of irrelevant wordt naarmate het voordeel ten gevolge van de gedraging groter wordt voor de wederpartij of voor hem belangrijke danwel aan hem gelieerde schuldeisers. Indien door de gedraging nauwelijks of geen eigen voordeel ontstaat, heeft de wederpartij met (mede)bepalende invloed een grote vrijheid en kan deze zich slechts onder bijzondere omstandigheden niet op zijn ondernemersvrijheid beroepen.

Een en ander volgt uit de bestaande jurisprudentie over selectieve betaling en onbehoorlijk bestuur. Zo stelt de Hoge Raad in het arrest Coral/Stalt dat het niet zo is dat een vennootschap die haar activiteiten gaat beëindigen de vrijheid heeft om de schuldeisers die tot haar concern behoren, te betalen met voorrang boven andere schuldeisers.<sup>85</sup> Buiten de gevallen van de genoemde voorbeelden is een bestuurder slechts op beperkte gronden aan te spreken. Dit blijkt uit het gegeven dat – om van kennelijk onbehoorlijk bestuur te spreken – er sprake moet zijn van onbezonnen, roekeloos en onverantwoordelijk gedrag.<sup>86</sup> Hieronder valt onder meer het nemen van beslissingen met vergaande financiële consequenties zonder behoorlijke voorbereiding; het nalaten van een onderzoek naar de kredietwaardigheid van contractspartners met wie men belangrijke zaken doet; het zich niet tijdig indekken tegen duidelijk voorzienbare risico's; het onvoldoende informeren van commissarissen; het missen van de kwaliteit om als bestuurder op te treden; het onverantwoord bekrachtigen van rechtshandelingen verricht namens een op te richten vennootschap; het duidelijk overtreden van wettelijke kapitaalvoorschriften.<sup>87</sup>

Ook de bestaande criteria en jurisprudentie op het gebied van, kort gezegd, de *doorbraak van aansprakelijkheid* met uitzondering van de gevallen waarin onterecht vertrouwen over de kredietwaardigheid is opgewekt, zijn inpasbaar in de alternatieve criteria.<sup>88</sup> Het geldende recht geeft op dit punt feitelijk een invulling aan de gebruikelijkheidstoets. Het laat zien waar de ondernemingsvrijheid van moedervennootschappen, aandeelhouders en commissarissen met (mede)bepalende invloed ophoudt. Daarvoor is bijvoorbeeld relevant of een moedermaatschappij het de dochter toestaat dat deze gaat functioneren als een bodemloze put, of de moeder na een door haar opgedrongen onjuist beleid bij deconfiture van de dochter de schuldeisers van deze laatste in de steek laat, of dat de aandeelhouder besluit tot uitkering van dividend waardoor nagenoeg alle reserves verdwijnen.<sup>89</sup>

Alleen de bestaande criteria waarmee *verrekeningen* worden beoordeeld die vóór een faillissement hebben plaatsgevonden, verschillen van de ontwikkelde criteria. Naar geldend recht is het thans aan de curator om aan te tonen dat degene die heeft verrekend niet wist of behoorde te weten dat het faillissement van de schuldenaar redelijkerwijs te

84 Art. 2:138/248 BW jo. art. 2:10 BW.

85 HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (*Coral/Stalt*).

86 Bijvoorbeeld HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454 (*Gillhuis/H.*).

87 De voorbeelden zijn overgenomen uit Asser-Maeijer-van den Ingh 2000 (2-III), nr. 328 (zie tevens voor verdere verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie).

88 Voor actuele en de belangrijkste rechtspraak op dit gebied verwijs ik voorts naar Asser-Maeijer-van den Ingh 2000 (2-III), nr. 620 e.v. en de daarin opgenomen verwijzingen.

89 Asser-Maeijer-van den Ingh 2000 (2-III), nr. 623 en nr. 625, met verdere verwijzingen.

verwachten was. Dit criterium is niet direct in te passen in het stappenplan dat ik hiervoor beschreef. Dit komt omdat het vergelijkbaar is met het criterium wetenschap van benadeling bij de faillissementspauliana, waarvan ik eerder vaststelde dat het niet aansluit bij verschillende ontwikkelingslijnen die in deze studie het toetsingskader zijn.<sup>90</sup> Dit impliceert dat de criteria die worden gebruikt om verrekeningen aan te tasten die vóór faillissement hebben plaatsgevonden ook niet aansluiten bij een aantal belangrijke ontwikkelingen die sinds 1896 in het vermogensrecht hebben plaatsgevonden. Die criteria zijn, gezien vanuit het toetsingskader, net als de faillissementspauliana, aan herziening toe. Dit verrast overigens niet, omdat ook de regels over verrekening zijn ontwikkeld aan de hand van de regels zoals die in 1896 zijn opgesteld.

Uit het voorgaande volgt een verstrekkende conclusie. Die is dat er bij toepassing van het alternatieve instrument geen noodzaak meer hoeft te zijn aan (afzonderlijke) leerstukken als bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, verrekening en selectieve betaling.

---

90 Zie hoofdstuk 4.



## Rechtsgevolgen van succesvolle toepassing van de criteria

### 1 Inleiding

De hoofdregel van het rechtsgevolg dient te zijn dat de bestreden gedragingen zoveel mogelijk als geldig moeten worden beschouwd en dat het rechtsgevolg niet verder dient te reiken dan met het oog op het geschonden belang noodzakelijk is.<sup>1</sup> Dit uitgangspunt houdt verband met het terugdringen van nietig- en vernietigbaarheden, welke ontwikkeling is terug te voeren op de gedachte dat zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij de maatschappelijke werkelijkheid. Dit aansluiten bij de maatschappelijke werkelijkheid brengt mee dat de aan te tasten gedraging als geldig moet worden beschouwd; deze heeft nu eenmaal plaatsgevonden. Daarnaast zou vernietiging, een nietig- of ongeldigheid dogmatisch onjuist zijn. De geldigheid, die speelt in de relatie schuldenaar-wederpartij, staat strikt genomen los van de vraag naar de (on)geoorloofdeheid van voorrang, die relevant is in de verhouding wederpartij-schuldeisers.

Met deze gedachte, dat gedragingen als geldig moeten worden beschouwd en de rechtsgevolgen niet verder dienen te reiken dan met het oog op het geschonden belang noodzakelijk is, is echter nog weinig gezegd. Op welke manieren kan invulling worden gegeven aan deze gedachte? Om die vraag te beantwoorden analyseer ik of de rechtsgevolgen in het Duitse en Engelse recht een uitvloeisel van genoemde gedachte zijn, en zo ja, hoe deze zijn uitgewerkt (*par. 2*).

Vervolgens geef ik vorm aan de rechtsgevolgen van het alternatieve instrument (*par. 3*). Aan het slot van dit hoofdstuk ga ik in op een aantal (mogelijke) praktische aspecten die samenhangen met de toepassing van het alternatieve instrument (*par. 4*).

### 2 Buitenlands recht

#### 2.1 *Duits recht*

§ 143 InsO stelt dat

‘Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. [...]’

Dit rechtsgevolg komt neer op een teruggaveverplichting.<sup>2</sup> Deze is vergelijkbaar met die van artikel 51 Fw, nu beide verplichtingen tot doel hebben het vermogen terug te brengen in de toestand waarin deze zich zou hebben bevonden als de benadelende handeling niet had plaatsgevonden.

<sup>1</sup> Zie hoofdstuk 5, paragraaf 4.

<sup>2</sup> Zie de wetsgeschiedenis, te raadplegen in Uhlenbruck 1994, p. 496–497.



De gedachte achter de teruggaveverplichting is dat het vermogensbestanddeel dat uit het vermogen is verdwenen, daar in beginsel in terug moet vloeien (*Rückgewahr in Natur*).<sup>3</sup> In slechts twee situaties kan van het beginsel van gehele ongedaanmaking<sup>4</sup> worden afgeweken en schadevergoeding worden gevorderd. Dit kan indien (i) het goed niet meer voorhanden is, bijvoorbeeld omdat het is doorverkocht aan een derde te goeder trouw<sup>5</sup> of (ii) beide partijen schadevergoeding overeenkomen.<sup>6</sup> De hoogte van die vergoeding dient te worden bepaald

‘als wäre der Anfechtungsgegenstand im Vermögen des Schuldners geblieben’,

zodat een eventuele waardestijging ten goede komt aan, en een waardedaling ten koste gaat van de benadeelde schuldeisers.<sup>7</sup>

Het uitgangspunt, dat het goed dat aan het vermogen is onttrokken in dat vermogen terug moet vloeien, lijkt veel op dat van het huidige artikel 51 Fw en wijkt af van de gedachte dat gedragingen als geldig moeten worden beschouwd en niet verder dienen te reiken dan met het oog op het geschonden belang noodzakelijk is. Het heeft daarom voor het construeren van het rechtsgevolg van het alternatieve instrument geen zin om te onderzoeken hoe in Duitsland invulling wordt gegeven aan de teruggaveverplichting. Ik laat het dan ook bij deze bespreking voor wat het Duitse recht betreft.

## 2.2 *Engels recht*

De IA 1986 geeft de rechter een grote discretionaire bevoegdheid bij het bepalen van het rechtsgevolg dat intreedt:

‘[The court can] make such order as it thinks fit for restoring the position to what it would have been if the [company or individual] had not entered into that [transaction or preference]’.<sup>8</sup>

Deze rechtsgevolgen zijn er in de eerste plaats op gericht het nadeel zoveel mogelijk op te heffen en berust niet op een dogmatisch onderscheid zoals dat tussen persoonlijke en zakelijke vorderingen. Bijzonder is ook dat, anders dan in Nederland en Duitsland, niet (retrospectief) wordt teruggeblikt op het verleden en wordt geprobeerd die toestand te herstellen, maar wordt uitgegaan van de ontstane situatie.<sup>9</sup> De IA 1986 streeft dan ook

3 Aldus de wetsgeschiedenis in Uhlenbruck 1994, p. 496–497. Voorts Braun 2004, § 143, nr. 4; Eickmann e.a. 2003, § 143, nr. 4; Hess/Weis/Wienberg 2001, § 143 InsO, nr. 68; Dauernheim 1999, p. 151.

4 BGH 15.12.1994, ZIP 1995, 297 (300). Hess/Weis/Wienberg 2001, § 143 InsO, nr. 71–72 voor meer verwijzingen naar onder meer rechtspraak.

5 Zie de wetsgeschiedenis in Uhlenbruck 1994, p. 497. Voorts Hess/Weis/Wienberg 2001, § 143 InsO, nr. 104 (p. 1647) en § 144 InsO, nr. 22 (p. 1657) en Dauernheim 1999, p. 156 e.v.

6 Hess/Weis/Wienberg 2001, § 143 InsO, nr. 104; Dauernheim 1999, p. 151 en 162 e.v.; onder verwijzing naar. Zie ook BGH 18.5.1995, ZIP 1995, 1204 (1205).

7 Hess/Weis/Wienberg 2001, § 143 InsO, nr. 108 (p. 1648). Voorts Dauernheim 1999, p. 150–151 jo. p. 158.

8 Ss. 238(3), 339(2), 239(3) en 340(2) IA 1986. Voorts *Re Paramount Airways* [1993] Ch 223, CA. De Cork Committee had een dergelijke ruime bevoegdheid voorgesteld, zie Cork Report 1982, nr. 1278–1279 (p. 290). Vergelijk s. 423(2) IA 1986.

9 Bennett/Armour/Bridge 2003, nr. 2.121 (p. 82) en voorts nr. 4.94 (p. 173–174).

niet naar een nietigheid, vernietiging of gehele ongedaanmaking, maar zoekt naar mogelijkheden om al het nadeel weg te nemen.<sup>10</sup>

Om de nadelige gevolgen zoveel mogelijk weg te nemen, biedt de IA 1986 een arsenaal aan mogelijke rechtsgevolgen. Zo kan de rechter bepalen dat – er volgt een niet-limitatieve<sup>11</sup> opsomming – het verdwenen goed wordt teruggegeven, de wederpartij vervangende of aanvullende schadevergoeding betaalt, een zekerheidsstelling komt te vervallen of dat een borgstelling herleeft.<sup>12</sup> De variëteit aan rechtsgevolgen brengt bijvoorbeeld mee dat de rechter in het geval van een verkoop beneden de werkelijke waarde kan bepalen dat de wederpartij de benadeling dient op te heffen door een bedrag in de boedel te storten gelijk aan het verschil tussen de verkoopprijs en de werkelijke waarde. Evenzo kan bij een aankoop boven de werkelijke waarde worden volstaan met in de boedel terug laten vloeien van het te veel betaalde.<sup>13</sup>

De discretionaire bevoegdheid van de rechter strekt zich voorts uit tot de status van de schuld.<sup>14</sup> Naar Nederlands recht zou dit betekenen dat het hem vrij staat te bepalen of de eventuele vordering van de wederpartij een boedelschuld of een concurrente schuld is. Verder kan de rechter van de wederpartij verlangen dat deze zekerheid stelt voor de nakoming van de door de rechter opgelegde verplichting.<sup>15</sup> Ik ben overigens geen aanwijzingen tegengekomen die erop duiden dat de discretionaire bevoegdheid van de rechter tot problemen (te veel rechtsonzekerheid) leidt. Bovendien sluit een dergelijke bevoegdheid aan bij de wens van curatoren om te kunnen kiezen tussen restitutie en schadevergoeding.<sup>16</sup>

De bevoegdheid van de rechter wordt slechts in zoverre beperkt dat de gekozen rechtsgevolgen derden te goeder trouw dienen te beschermen.<sup>17</sup> Die *good faith* wordt in twee situaties verondersteld *niet* aanwezig te zijn. Ten eerste in het geval waarin de derde op de hoogte is van (i) *relevant circumstances* en (ii) de *relevant proceedings*.<sup>18</sup> Met *relevant circumstances* wordt bedoeld op omstandigheden die wijzen op wetenschap van de benadelende gedraging, terwijl publicatie van de uitspraak van de insolventieprocedure voldoende is voor de eis van wetenschap van de *relevant proceedings*.<sup>19</sup> Ten tweede wordt goede trouw verondersteld niet aanwezig te zijn in het geval de derde een *associate* of een *connected person* is.<sup>20</sup>

Naar Engels recht komt de opbrengst van een succesvolle vordering toe aan de niet-gesecureerde schuldeisers. De vordering (en dus ook de opbrengst) behoort tot een

10 Bennett/Armour/Bridge 2003, nr. 2.123-2.124 (p. 83); *Chohan v Saggar* [1994] 1 BCLC 706, CA.

11 Parry 2001, nr. 4.140 (p. 109) en nr. 10.56 (p. 243); Bennett/Armour/Bridge 2003, nr. 2.216 (p. 84).

12 S. 241 en 342 IA 1986.

13 Parry 2001, nrs. 4.144-4.145 (p. 109) en 4.153-4.155 (p. 112); Bennett/Armour/Bridge 2003, nrs. 2.217-2.134 (p. 85-87).

14 S. 241(1)(c) IA 1986. De verwijtbaarheid van de gedraging kan bepalend zijn voor de status van de schuld, zie Parry 2001, nr. 5.136 (p. 162).

15 S. 241(1)(f) IA 1986.

16 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 6.

17 Ss. 241(2)(a) en 342(2)(a) IA 1986, in navolging van het advies van de Cork Committee, zie Cork Report 1982, nr. 1278 (p. 290).

18 Ss. 241(2)(a) en 342(2)(a) IA 1986 jo. Parry 2001, nr. 4.162 (p. 114).

19 Parry 2001, nr. 4.162 (p. 114-115). Hoewel niet bekend is wat precies met 'relevant circumstances' wordt bedoeld: is, bij 'preferences', wetenschap van 'influenced by a desire to prefer' vereist, of volstaat wetenschap van de bevoordeling en de insolventie bij de schuldenaar? Zie Bennett/Armour/Bridge 2003, nr. 4.97 (p. 175-176).

20 Voor een omschrijving van deze begrippen zie hoofdstuk 7, paragraaf 10.

soort afgescheiden vermogen van schuldeisers, waar zekerheidsgerechtigde schuldeisers niet voor in aanmerking komen.<sup>21</sup> Voorts herleven *floating charges*<sup>22</sup> of andere zekerheidsrechten om een andere reden niet. De IA 1986 gaat ervan uit dat een ongeoorloofde handeling geldig blijft, terwijl het in de regel niet mogelijk is om zekerheid te vestigen tijdens een insolventieprocedure.<sup>23</sup>

### 3 Een rechtsgevolg naar Engels model

Bij het ontwikkelen van het rechtsgevolg ontleen ik veelvuldig inzichten aan het Engelse recht. Dit kan als inspiratiebron dienen, omdat het aansluit bij de gedachte dat gedragingen als geldig moeten worden beschouwd en de rechtsgevolgen niet verder dienen te reiken dan met het oog op het geschonden belang noodzakelijk is.

Het Engelse recht laat zien dat het niet wenselijk is om één rechtsgevolg toe te kennen. Om het nadeel op te heffen – de hoofdregel – kan het zo zijn dat in verschillende situaties verschillende rechtsgevolgen wenselijk zijn. Duidelijk is in ieder geval dat een vernietiging of het intrekken van de nietigheid zich niet verdraagt met het uitgangspunt dat gedragingen zoveel mogelijk in stand moeten worden gelaten. Deze rechtsgevolgen zien immers op het terugdraaien van gedragingen.

In een aantal gevallen volstaat het rechtsgevolg schadevergoeding. Het vorderen van iets anders dan schadevergoeding is beperkt tot het geval waarin de aangesproken wederpartij (i) geen zekerheid kan stellen voor de vordering of (ii) het onttrokken vermogensbestanddeel essentieel is voor de schuldenaar, zoals in het geval van een productiemachine waarvan het noodzakelijk is dat die zich, met het oog op een doorstart of een ‘going concern’-verkoop, in het vermogen van de schuldenaar bevindt.

In het geval van een ongeoorloofde zekerheidsstelling ligt het voor de hand de wederpartij een beroep op de zekerheidsstelling te ontzeggen. Dit voorkomt, in vergelijking met het vorderen van schadevergoeding, discussies en procedures (transactiekosten) over de waarde van de zekerheidsobjecten. Hetzelfde rechtsgevolg kan worden toegepast als banken of vergelijkbare gesecureerde schuldeisers onvoldoende hebben gemonitord. Immers, als dergelijke schuldeisers hun voorrangsposities niet (geheel) kunnen rechtvaardigen, dienen zij geen recht te hebben op die voorrang.

Tot het rechtsgevolg behoort ook de vraag aan wie een opbrengst dient toe te komen. Omdat gedragingen niet worden teruggedraaid, vloeit deze in de boedel. Daarom hoeft ook niet te worden bekeken aan wie de opbrengst zou zijn toegekomen als de benadelende gedraging niet had plaatsgevonden.<sup>24</sup> Dit gebeurt thans trouwens ook niet indien de faillissementspauliana wordt ingeroepen of de curator een vordering op grond van dwaling of wanprestatie instelt. In het geval van een opbrengst hoeft voorts niet te worden nagegaan of er zekerheidsrechten op de goederen rustten. Voor zekerheidsrechten geldt dat deze niet herleven door het terugdraaien van gedragingen. Omdat de schuldenaar in faillissement niet beschikkingsbevoegd is, kan zonder medewerking van de curator geen nieuw zekerheidsrecht worden gevestigd.

---

21 Bijv. *Re MC Bacon (no. 2)* [1991] Ch 127 en *Re Oasis Merchandising Ltd* [1995] BCC 911; [1998] Ch 170, CA.

22 Een ‘floating charge’ is kort gezegd een generiek zekerheidsrecht dat rust op het hele vermogen van de schuldenaar.

23 Bennett/Armour/Bridge 2003, nrs. 2.136–2.137 (p. 88–89).

24 Blomkwist 2004, p. 346 lijkt dit te suggereren.

Wat wél het geval kan zijn is dat een eventuele opbrengst toekomt aan gesecureerde schuldeisers, zoals (huis)banken, die adequaat hebben gemonitord. Ik veronderstel dat het adequaat monitoren een voorrangpositie boven andere schuldeisers rechtvaardigt. Deze positie kan worden gezien als de vrucht van het adequaat monitoren. Ik zie niet in waarom schuldeisers, indien zij meeliffen met de monitoringsactiviteiten van een ander, in faillissement vóór zouden gaan op degene die voor hen adequaat heeft gemonitord. Mogelijk geeft deze oplossing verder, gezien het financiële belang, aan banken een prikkel om de curator te financieren bij het tegengaan van ongeoorloofd gedrag. Bij afwezigheid van een (adequaat) monitorende schuldeiser dient de opbrengst overeenkomstig de in faillissement geldende rangorde te worden verdeeld.

Tot slot ga ik in op het karakter van de rechtsgevolgen. Dit aspect kan relevant zijn, omdat het voor het wegnemen verschil kan maken of een rechtsgevolg een absolute of relatieve werking heeft.<sup>25</sup> Ik stel daarbij voorop dat het vanuit dogmatisch oogpunt niet erg is als het rechtsgevolg soms een absolute, en soms een relatieve werking heeft. Zo wordt de restitutieplicht bij de bestaande faillissementspauliana gekwalificeerd als een goederenrechtelijke (zakenrechtelijke) aanspraak<sup>26</sup>, maar is de aanspraak een persoonlijke in gevallen waarin het goed zich niet meer in het vermogen van de aangesproken partij bevindt of in het geval het goed is overgedragen aan een derde te goeder trouw.

Kenmerkend voor het alternatieve instrument is dat het verschillende rechtsgevolgen kan hebben. De kwalificatie is afhankelijk van het rechtsgevolg in het specifieke geval. Op dit punt is er overigens geen verschil met het geldende recht. Voor zover een algemene classificatie al zinvol zou zijn, wordt dit bovendien bemoeilijkt door het gegeven dat persoonlijke rechten absolute, en goederenrechtelijke rechten relatieve kenmerken hebben gekregen.<sup>27</sup> Voor het eerste is illustratief de opkomst van kwalitatieve rechten en plichten, vertegenwoordiging en andere vormen van doorwerking van overeenkomsten of bedingen, zowel ten voordele<sup>28</sup> als ten nadele<sup>29</sup> van derden.<sup>30</sup> Illustratief voor het verschijnsel dat absolute kenmerken van goederenrechtelijke rechten zijn gerelativeerd<sup>31</sup>, zijn de verschillende bepalingen over derdenbescherming bij onder meer overdracht van goederen en verschijnselen als eigendomsvoorbehoud en voor-

25 Voor het onderscheid HR 3 maart 1905, *W* 8191 (*Blaauboer/Berlips*). Voorts Rank-Berenschot 1992, p. 70, met verdere verwijzingen.

26 Bijvoorbeeld Van Koppen 1998a, p. 213; Snijders 1973, p. 456; Hijma 1988, p. 230.

27 Voor nuancerings van het onderscheid zie reeds Meijers 1958, p. 276 (en p. 30). Asser-Beekhuis 1985, nr. 24-28; Wedeven 1968, p. 498; Eggens 1934, p. 279 en 290, die zich afvragen of het onderscheid nog wel moet worden gehandhaafd. Kritisch is ook Rank-Berenschot 1992, p. 316-317, die voorts op p. 96-99 een overzicht geeft van verschenen literatuur over het vervagend onderscheid.

28 Bijvoorbeeld de 'blokkering van de paardensprong' van art. 6:257 BW. Zie voorts de verschillende uitspraken die onder de noemer 'profiteren van andermans wanprestatie' kunnen worden gebracht (hoofdstuk 4, paragraaf 2.3).

29 Bijvoorbeeld HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 (*Citronas*) en in vergelijkbare zin HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 40 (*OZV/ECT*) en HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279 (*Moffenkij*). Voorts HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 (*Gegaste Uien*). HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 (*Secunior*); HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 553 (*ODS/CPS*).

30 Uitgebreider en met andere voorbeelden Rank-Berenschot 1992, p. 73-99 en p. 148-203, alsmede de hoofdstukken 5, 6 en 7 in Du Perron 1999. Vergelijk Vranken 2000, p. 40-41.

31 Hierover Rank-Berenschot 1992, p. 219-238. Zie ook Valkhoff 1949, p. 17-64 en p. 199-227, waarin voor de periode 1838-1948 'uitholling van de eigendom' door de overheid ten behoeve van de maatschappij wordt beschreven.

waardelijke eigendom.<sup>32</sup> Voorts verlaten met name aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden in dit opzicht het dogma van goederenrechtelijke en zakenrechtelijke vorderingen, daar deze kunnen meebrengen dat een goederenrechtelijke aanspraak wordt gewijzigd in een persoonlijke vordering.<sup>33</sup>

Hoewel een verschil in classificatie vanuit dogmatisch oogpunt geen problemen oplevert, kan het in de praktijk wél gevolgen hebben. Zo draagt de boedel bij het rechtsgevolg schadevergoeding het risico van de insolvente wederpartij. Voor zover dit als een nadeel moet worden beschouwd, is het onwaarschijnlijk dat een curator überhaupt een vordering in zal stellen indien de schuldenaar insolvent is. Mocht deze dit toch doen, dan rijst de vraag of het terugvorderen van het onttrokken goed meer effect heeft dan het vorderen van schadevergoeding. De kans bestaat immers dat het goed dat aan het vermogen van de schuldenaar is onttrokken niet meer voorhanden omdat de wederpartij het heeft verkocht, of het goed inmiddels heeft bezwaard met zekerheidsrechten. Bovendien kan een curator, indien hij vreest voor insolventie van de wederpartij, het risico van een onverhaalbare vordering beperken door beslag te leggen, door de wederpartij in kortgeding te dwingen om zekerheid te stellen of om een bankgarantie af te geven.

#### 4 Praktische aspecten

##### *Omvang van het nadeel (schade)*

Problemen bij het bepalen van de omvang van het nadeel zijn onlosmakelijk verbonden met het vorderen van schadevergoeding.<sup>34</sup> Als in het kader van de co-regulering niet meer concrete normen kunnen worden bedacht om benadeling vast te stellen, zit er niets anders op dan het nadeel te begroten.

##### *Status eventuele vordering wederpartij*

In het geval de wederpartij een zaak (terug) dient over te dragen om het nadeel op te heffen, ontstaat een tegenvordering op de boedel.<sup>35</sup> Er zijn verschillende manieren om de status van die tegenvordering – concurrente of boedelvordering – te bepalen. Een eerste is door aan te sluiten bij het toedocriterium: omdat de ongeoorloofde gedraging in beginsel als geldig moet worden aangemerkt en het de curator is die de ongeoorlooftheid inroept, is de vordering van de wederpartij een boedelschuld.<sup>36</sup>

Deze oplossing ligt niet voor de hand. Dat de wederpartij onvoldoende rekening heeft gehouden met belangen van schuldeisers brengt mee dat de gevolgen van het ongeoorloofde gedrag in zijn risicosfeer liggen (*undean hands*). Daarom ligt een concurrente vordering meer voor de hand. Dit voorkomt bovendien eventuele discussies over of moeilijkheden met het gebaat-zijncriterium. Overigens behoeft deze oplossing wel een wettelijke grondslag.

---

32 Art. 3:86, 3:88 en 3:36 respectievelijk art. 3:92 en 6:22 BW.

33 Over deze relativering hoofdstuk 5, paragraaf 6, alsmede Hammerstein/Vranken 2003, p. 11-33.

34 Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 2005 (4-I), nr. 415.

35 Behalve bijvoorbeeld als de zaak is geschonken.

36 Voor het toedocriterium zie Polak/Pannevis 2005, p. 239-243, met verdere verwijzingen.

### *Risico van waardedaling en -stijging*

Als een goed dat ongeoorloofd aan het vermogen van de schuldenaar is onttrokken, later in waarde stijgt of daalt, rijst de vraag wie het risico van die waardestijging respectievelijk waardedaling dient te dragen.

De gedachte dat gedragingen geldig blijven, brengt een toetsing ‘ex nunc’ mee. Dit houdt in dat dient te worden bekeken wat er zou zijn gebeurd als de gedraging niet had plaatsgevonden. Omdat er allerlei scenario’s denkbaar zijn die eenvoudig tot discussies en geschillen (kosten) leiden, ligt het voor de hand om uit te gaan van een scenario dat voor de schuldeisers gunstig is, en voor de wederpartij ongunstig. Zo zou een waardedaling van het goed dat aan het vermogen van de schuldenaar is onttrokken voor risico van de wederpartij dienen te komen, en eventuele waardestijgingen ten voordele van de schuldeisers. De gedachte hierachter is dat degene die ongeoorloofd handelt, ook de mogelijk ongunstige gevolgen van zijn gedrag krijgt toegerekend (*unclean hands*).

### *Hoofdelijkheid*

Het kan voorkomen dat meerdere personen aansprakelijk zijn voor dezelfde schade. Een voorbeeld is het geval waarin zowel een bank als een bestuurder heeft bijgedragen aan het nadeel dat bij schuldeisers is ontstaan. Om in deze situaties te bepalen wie in welke mate aansprakelijk is voor de ontstane schade, dient te worden aangesloten bij de regels over hoofdelijkheid en meervoudige causaliteit zoals die in het onrechtmatigedaadrecht gelden. Dit betekent dat degenen die aansprakelijk zijn voor de schade, hoofdelijk verbonden zijn tot vergoeding daarvan, maar wel een onderling regresrecht hebben.<sup>37</sup>

### *Buitenproportionele voorrang?*

De toepassing van het alternatieve instrument kan ertoe leiden dat geseceerde schuldeisers als banken, net als naar geldend recht, in faillissement aanspraak kunnen maken op een substantieel deel of zelfs het gehele vermogen van de schuldenaar. Een dergelijke voorrangpositie brengt mee dat andere schuldeisers in faillissement een geringe uitkering kunnen verwachten, hetgeen als onwenselijk kan worden gezien.

In het voorgaande is gesteld dat, wil men aansluiten bij de opkomst van zorgplichten, een voorrangpositie gerechtvaardigd is mits de zekerheidsgerechtigde adequaat heeft gemonitord. Daarmee is echter nog niet gezegd dat zekerheidsgerechtigden ook daadwerkelijk aanspraak mogen maken op een substantieel deel of zelfs het gehele vermogen van de schuldenaar. Die mogelijkheid is een consequentie van geldend recht, dat bepaalt dat een zekerheidsgerechtigde zich (onbeperkt) bij voorrang boven anderen op de goederen mag verhalen die met zekerheidsrechten zijn bezwaard.

Als de wetgever deze consequentie onwenselijk acht, kan deze de voorrangpositie van zekerheidsgerechtigden inperken door bijvoorbeeld te bepalen dat zekerheidsgerechtigden in faillissement aanspraak mogen maken op 70% van het vermogen van de schuldenaar, en de andere schuldeisers 30%.<sup>38</sup> Zo’n inperking sluit echter niet de mogelijkheid uit om het innemen van voorrangposities te beoordelen. Men kan nog steeds aansluiten bij het zorgplichtbegrip en bepalen dat geseceerde schuldeisers alleen tot die 70%-groep behoren als vast komt te staan dat zij adequaat hebben gemonitord.

---

<sup>37</sup> Art. 6:102 BW. Asser-Hartkamp-Sieburgh 2004 (4-I), nr. 458 e.v.

<sup>38</sup> Over dit voorstel zie Zwarte 2006, p. 358.



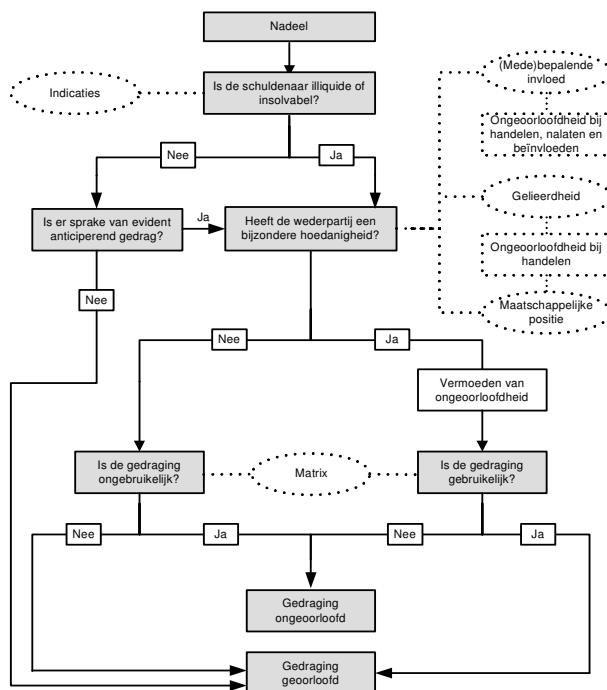
## Conclusie Deel II

Een eerste conclusie is dat het wenselijk is om een instrument te hebben waarmee gedragingen kunnen worden beoordeeld die vóór faillissement plaatsvinden en die schuldeisers benadelen (*subvraag 6*). In sommige gevallen dient dit instrument financiële belangen van schuldeisers, terwijl het in andere situaties een eerlijke verdeling waarborgt, dit wil zeggen een verdeling naar rato van ieders (financiële) inbreng.

Voor dit onderzoek betekent dit dat het zinvol is een alternatief instrument te ontwikkelen. Het verdient niet de voorkeur aan te sluiten bij reeds aangedragen oplossingen (*subvraag 7*). Die blijken de bestaande theoretische bezwaren niet of deels op te lossen en genereren bovendien nieuwe theoretische bezwaren.

Daarom is gezocht naar een nieuw instrument (*subvraag 8*). Mede aan de hand van een analyse van buitenlandse rechtsstelsels is gezocht naar gezichtspunten die aansluiten bij het toetsingskader en waarmee het nieuwe alternatieve instrument kan worden geconcretiseerd. Dit leidt er bijvoorbeeld toe dat gezichtspunten als de hoedanigheid van partijen en de gebruikelijkheid invulling geven aan een (geobjectiveerd) wetenschaps-criterium, en dat het onderscheid verplicht-onverplicht terugkeert als element van de gebruikelijkheidstoets.

Vervolgens is een hiërarchie in de gezichtspunten aangebracht op basis waarvan een stappenplan is ontwikkeld. Dat kan als volgt worden gevisualiseerd:





Er zijn drie factoren die waarnaar gekeken moet worden als de (on)gebruikelijkheid van de gedraging wordt getoetst. Het gewicht dat aan deze factoren dient te worden toegekend, is afhankelijk van de hoedanigheid van de wederpartij. Deze differentiatie komt in de volgende matrix tot uitdrukking, waar ook in het stappenplan naar wordt verwezen.

<div> <div></div> <div>Hoedanigheid</div> </div> <div>Factoren gebruikelijkheid</div>	(Mede) bepalende invloed	Gelieerd- heid	Maatschap- pelijke positie	Wederpartij zonder bijzondere hoedanigheid
Kans op gedraging bij wegdenken mogelijkheid faillissement - Aard van de gedraging - Verplicht-onverplicht	+	+	+	++
Omvang nadeel	++	++	++	+
Rechtvaardiging - 'Eigen' voordeel - Adequaate monitoren	+++	-	-	-

Daarbij geldt dat hoe meer plussen er bij een factor staan, des te belangrijker die factor is ten opzichte van andere factoren. Een minteken betekent dat de betreffende factor niet bij de beoordeling dient te worden betrokken.

Voor gesecureerde kredietverschaffers (banken) geldt dat deze in faillissement laten zien of danwel hoe deze hebben gemonitord. Zij dienen inzicht te geven in de keuzen die zij hebben gemaakt en de redenen die daarvoor bestonden, waarmee zij hun zekerheidspositie voorlopig hebben rechtvaardigd. Op basis van de aangeleverde informatie kan de curator overwegen om de zekerheden te erkennen of te vorderen dat de kredietverschaffer zich slechts op een deel van de zekerheden mag beroepen.

De verschillende gezichtspunten kunnen nog worden aangescherpt in het kader van co-regulering; een proces waarin materiedeskundigen de door de wetgever gestelde normen nader concretiseren. Het concrete doel hiervan is:

- Het ontwikkelen van indicatoren voor het beoordelen van de liquiditeit en solvabiliteit.
- Het bedenken van richtlijnen of vuistregels om vast te stellen of een wederpartij een bijzondere hoedanigheid heeft. Concreet kan aan de orde komen wie (mede-)bepalende invloed heeft, wie gelieerd is en welke personen een functie hebben in het maatschappelijk verkeer die hen structureel voordeel oplevert.
- Het desgewenst geven van een (verdere) invulling aan de (on)gebruikelijkheidstoets. Daaronder valt ook het bedenken van richtlijnen, vuistregels of iets dergelijks

aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of geseceerde schuldeisers adequaat hebben gemonitord.

- Meer duidelijkheid te creëren over de waardering van goederen, diensten en goodwill.

De toepassing van de ontwikkelde criteria heeft tot gevolg dat criteria van een aantal andere instrumenten overbodig worden. Dit geldt concreet voor criteria van rechtsfiguren als bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling, de doorbraak van aansprakelijkheid en de verrekening vóór faillissement. De criteria die bij die rechtsfiguren worden gebruikt om de (on)geoorloofdheid te beoordelen kunnen worden ingepast in het alternatieve instrument. Zo geldt voor zowel het geldende recht als voor de toepassing van het alternatieve instrument dat de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon wordt bepaald aan de hand van de mate waarin deze gebruikelijk heeft gehandeld (adequate administratie, ‘eigen’ voordeel heeft genoten van zijn gedrag).

Het uitgangspunt van het rechtsgevolg van een succesvolle toepassing van het alternatieve instrument is dat dit het nadeel dient op te heffen. In de regel zal een vordering tot schadevergoeding ontstaan. De schade dient ‘ex nunc’ te worden bepaald, wat betekent dat deze dient te worden bepaald aan de hand van de vergelijking met de hypothetische situatie dat de gedraging niet had plaatsgevonden. Als die vergelijking problemen oplevert, bijvoorbeeld omdat een goed in de loop der tijd van waarde is veranderd, kan voor een scenario worden gekozen dat voor schuldeisers gunstig en voor de wederpartij ongunstig is (*unclean hands*). Dit brengt mee dat waardedalingen van het onttrokken goed voor risico van de wederpartij komen te liggen, terwijl waardestijgingen ten voordeel zouden moeten strekken van de schuldeisers in faillissement.

Een uitzondering op het idee dat schadevergoeding volstaat betreft die gevallen waarin de voorrangpositie bestaat uit het een zekerheidspositie. Omdat de ongeoorloofdheid in die situaties ziet op het verkrijgen van voorrang, ligt het voor de hand deze voorrang – de zekerheidsrechten – te negeren in plaats van schadevergoeding te vorderen.



## **Deel III**

### **Verkenning en discussie**



## Inleiding

In *hoofdstuk 10* ga ik na of het alternatieve instrument (naar verwachting) de theoretische bezwaren en de ‘andere problemen’ wegneemt (*subvraag 9*). Het komt misschien vreemd over om na te gaan of het alternatieve instrument de bestaande theoretische bezwaren wegneemt. Dit is zeer waarschijnlijk nu het toetsingskader juist zo is opgesteld dat het deze bezwaren zou moeten wegnemen. Voor de zekerheid ga ik na of dit daadwerkelijk het geval is.

Aangezien het alternatieve instrument de theoretische bezwaren wegneemt, onderzoek ik in *hoofdstuk 11* hoe het alternatieve instrument werkt (*subvraag 10*). Door het toe te passen op casus van ‘vlees en bloed’ is het mogelijk een vergelijking te maken tussen de toepassing van de bestaande *faillissementspauliana* en het alternatieve instrument. Deze vergelijking dient verder om een eerste indruk te krijgen van mogelijk nieuwe kritiek (*subvraag 11*).



## Bestaande bezwaren/problemen weg?

### 1 Inleiding

In *Deel I* heb ik de elementen – benadeling, onderscheid verplicht-onverplicht, overlegcriterium, wetenschapscriteria, rechtsgevolgen van succesvolle toepassing criteria – getoetst aan de verschillende ontwikkelingslijnen. Uit die analyse volgden de theoretische bezwaren en ‘andere problemen’, die ik in dit hoofdstuk terughaal en waarvan ik naga of ze (naar verwachting) terugkeren bij het alternatieve instrument (*par. 2-13*).

### 2 Theoretisch bezwaar 1: manipuleerbaarheid van het onderscheid verplicht-onverplicht

In hoofdstuk 1 bleek dat het onderscheid verplicht-onverplicht manipuleerbaar is en dat dit onder geldend recht kan leiden tot strategisch gedrag.<sup>1</sup> Dit heeft gevolgen voor de vraag of de handeling (on)geoorloofd is. Om te beoordelen of dat bij toepassing van het alternatieve instrument nog altijd het geval is, maak ik, net als in hoofdstuk 1, een onderscheid tussen manipulaties tijdens en vóór insolventie van de schuldenaar.<sup>2</sup>

De *manipuleerbaarheid tijdens insolventie* van de schuldenaar komt tot uitdrukking in samengestelde transacties. Het maakt voor de beoordeling van de (on)geoorloofdheid bijvoorbeeld verschil of de schuldenaar een goed verkoopt en de wederpartij zijn verplichting verrekent met een vordering die hij op de koper had, of dat de schuldenaar het goed aan een derde verkoopt en met de opbrengst de wederpartij betaalt. Naar huidige recht is aantasting in het eerste geval kansrijk, terwijl dit in het tweede geval waarschijnlijk is uitgesloten. Dit komt omdat de verkoop met daaropvolgende verrekening als onverplichte handeling wordt gekwalificeerd, en de betaling nadat het goed is verkocht aan een ander dan de wederpartij zeer waarschijnlijk als verplicht.

Onder het alternatieve instrument is het onderscheid verplicht-onverplicht minder relevant dan onder het geldende recht. Het speelt eigenlijk alleen een rol in het geval de wederpartij geen bijzondere hoedanigheid heeft. Dit heeft te maken met de omstandigheid dat, op het moment dat het vermogen van de schuldenaar onvoldoende is om schuldeisers te betalen, het gezichtspunt van de hoedanigheid meer gewicht krijgt dan het nakomen van verplichtingen aan schuldeisers met een bijzondere hoedanigheid.<sup>3</sup> Gezien de relativering is de verwachting dat de manipuleerbaarheid van het onderscheid verplicht-onverplicht tijdens insolventie niet terugkomt bij toepassing van het alternatieve instrument.

De *manipuleerbaarheid vóór insolventie* van de schuldenaar ziet vooral op gedragingen die evident met het oog op een (eventueel) faillissement van de schuldenaar plaatsvinden. Voorbeelden zijn het bedingen van zekerheden zoals pand- en hypotheekrechten,

<sup>1</sup> Hoofdstuk 1, paragraaf 4-6.

<sup>2</sup> Onder de term ‘insolventie’ versta ik hier(na) gemakshalve zowel insolvabiliteit als illiquiditeit.

<sup>3</sup> Uitgebreider hoofdstuk 8, paragraaf 3.6.



eigendomsvoorbeholden, bankgaranties en contractuele bepalingen die de rang of hoogte van de vordering in faillissement beïnvloeden. Onder het huidige regime zijn dergelijke gedragingen geoorloofd zolang ze plaatsvinden op een moment dat van wetenschap van benadeling geen sprake is.

Bij toepassing van het alternatieve instrument is dit anders. Dan kunnen immers ook gedragingen ongeoorloofd zijn die tot doel hebben voorrang te verkrijgen boven andere schuldeisers in het geval de schuldenaar onverhoopt faillieert. Voor de wederpartij is dit aspect van voorrang altijd en zo evident kenbaar dat het tijdstip waarop de schuldenaar in financiële problemen raakt – het gezichtspunt van de financiële toestand – niet beslissend is.<sup>4</sup> De kenbaarheid vloeit als het ware voort uit de aard van de transactie.

### **3 Theoretisch bezwaar 2: Wetenschap gaat niet op in andere gezichtspunten**

De artikelen 42, 45 en 47 Fw stellen eisen als wetenschap van benadeling en wetenschap van de faillissementsaanvraag. Ook het overlegcriterium veronderstelt een zekere wetenschap: het doel om te bevoordelen impliceert wetenschap van de bevoordeling, met andere woorden, wetenschap van een mogelijk faillissement van de schuldenaar. Onder wetenschap – in ieder geval bij artikel 42 en 45 Fw – wordt zowel een weten als een behoren te weten verstaan, waarmee het wetenschaps criterium geobjectiveerd lijkt te zijn.

In de praktijk proberen curatoren, vooral buiten de bewijsvermoedens van artikel 43 en 45 Fw, nogal eens aan de hand van correspondentie en verklaringen van betrokkenen na te gaan of de wederpartij wetenschap had van de benadeling. Het (verder) objectiveren van een wetenschapseis komt neer op het toetsen aan andere gezichtspunten. Met een behoren te weten is immers nog weinig gezegd. Omdat het zo prominent vooropstellen van wetenschap voorts niet de mogelijkheid biedt om gedragingen te rechtvaardigen die in een bepaalde wetenschap zijn verricht, concludeerde ik in *Deel I* dat (geobjectiveerde) wetenschap opgaat in andere elementen of gezichtspunten.<sup>5</sup>

Onder het alternatieve instrument wordt wetenschap (of de kenbaarheid) niet meer expliciet als gezichtspunt genoemd, maar ligt deze – impliciet – besloten in geobjectiveerde gezichtspunten als de hoedanigheid van partijen en de gebruikelijkheid, die beide verder zijn geconcretiseerd.<sup>6</sup> Daarmee is het ontwikkelde instrument concreter dan het geldende recht (of het goede-trouwcriterium van artikel 54 Fw).

### **4 Theoretisch bezwaar 3: onvoldoende geobjectiveerde criteria (wetenschaps criteria + overlegcriterium)**

De kritiek op de subjectieve toepassing van de criteria treft in de eerste plaats het overlegcriterium van artikel 47 Fw. Om overleg vast te stellen is thans zowel bij de schuldenaar als bij de wederpartij een oogmerk tot bevoordeling van de wederpartij vereist. Dit criterium wordt zo subjectief uitgelegd dat het aantonen ervan slechts sporadisch slaagt.

---

<sup>4</sup> Zie ook paragraaf 6.

<sup>5</sup> Hoofdstuk 4, paragraaf 4.

<sup>6</sup> Hoofdstuk 8, paragraaf 2 jo. paragraaf 3.5–3.7.

Een aantal deelnemers aan de focusgroepen zijn zelfs gestopt met het aanvoeren van het overlegcriterium.

Dergelijke subjectieve criteria keren niet terug in het alternatieve instrument. Door het gebruik van geobjectiverde gezichtspunten, met name de hoedanigheid van partijen en de (on)gebruikelijkheid, hoeven getuigenverklaringen en stukken waaruit een bepaalde bedoeling zou blijken, niet in stelling te worden gebracht. Ook de daarmee gepaard gaande kosten hoeven niet te worden gemaakt. Het ligt dan ook niet voor de hand dat de kritiek op de subjectieve toepassing van het overlegcriterium, terugkeert onder het alternatieve instrument.

Het bezwaar van onvoldoende geobjectiverde criteria raakt ook het wetenschaps-criterium van artikel 42 Fw. Uit de focusgroepen werd niet duidelijk hoe wetenschap buiten de bewijsvermoedens wordt geobjectiverd. Men bleek vooral op zoek te gaan naar correspondentie, verklaringen van betrokkenen e.d. om wetenschap vast te stellen.

Bij het alternatieve instrument is een concretere invulling gegeven aan het ‘behooren te weten’, zodat de (on)geoorloofdheid kan worden vastgesteld aan de hand van omstandigheden die niet zien op daadwerkelijke (subjectieve) wetenschap of intenties. Dit betekent niet dat er geen discussies, geschillen of onduidelijkheden meer zullen zijn, of dat er geen feiten meer nodig zullen zijn om de (on)geoorloofdheid aannemelijk te maken. Wél mag worden aangenomen dat door het objectiveren van criteria de kritiek op de (te) subjectieve beoordeling niet zal terugkeren bij de toepassing van het alternatieve instrument.

## **5 Theoretisch bezwaar 4: Wetenschap aan de zijde van de schuldenaar behoort geen vereiste te zijn**

Het huidige artikel 42 Fw stelt als eis dat de schuldenaar wetenschap van benadeling moet hebben gehad. Ook een geslaagd beroep op het overlegcriterium van artikel 47 Fw veronderstelt het bestaan van wetenschap bij de schuldenaar: voor het oogmerk om te bevoordelen is op zijn minst wetenschap van benadeling vereist.

Een onderdeel van de kritiek op het bestaande wetenschaps criterium van artikel 42 Fw, en in zekere zin van het overlegcriterium van artikel 47 Fw, is dat wetenschap aan de zijde van de schuldenaar een voorwaarde is voor het beoordelen van de (on)geoorloofdheid.<sup>7</sup> Het alternatieve instrument stelt deze eis niet, ook niet de gezichtspunten waar wetenschap in opgaat. Het bezwaar tegen de eis van wetenschap aan de zijde van de schuldenaar keert dan ook niet terug bij het ontwikkelde instrument.

## **6 Theoretisch bezwaar 5: Rekening houden met belangen van schuldeisers begint niet altijd vanaf het moment dat deze in het geding komen**

De toepassing van zorgplichten brengt mee dat partijen rekening met elkaar dienen te houden vanaf het moment dat anderen nadeel lijden of dreigen te lijden. Bij het criterium ‘wetenschap van de faillissementsaanvraag’ van artikel 47 Fw hoeven wederpartijen dit pas als het faillissement is aangevraagd. Gezien de bezwaren tegen het overleg-

<sup>7</sup> Uitgebreider hoofdstuk 4, paragraaf 2.3.2.

criterium beperkt deze kritiek zich niet tot het wetenschaps criterium, maar geldt deze feitelijk voor de beoordeling van alle verplichte handelingen.

Het ontwikkelde instrument voorziet in deze tekortkoming. Niet alleen onverplichte, maar ook verplichte handelingen kunnen worden aangetast als het voor de wederpartij kenbaar is dat de schuldenaar in financiële problemen verkeert. Alle betalingen die plaatsvinden terwijl of waardoor de schuldenaar insolvent wordt, dus ook die vóór de faillissementsaanvraag, kunnen dan ongeoorloofd zijn. Het alternatieve instrument biedt voorts de mogelijkheid om gedragingen als ongeoorloofd te kwalificeren die plaatsvinden voordat de schuldenaar in financiële problemen komt te verkeren. Daarmee biedt het de mogelijkheid om wederpartijen rekening te laten houden met belangen van schuldeisers vanaf het moment dat deze nadeel (dreigen te) lijden.

**7      Theoretisch bezwaar 6: Alleen bij een (rechts)handeling kan sprake zijn van ongeoorloofdheid (en niet bij een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar)**

Een ander bezwaar van de bestaande faillissementspauliana is dat alleen bij een (rechts)handeling sprake kan zijn van ongeoorloofdheid, en niet bij een nalaten of het uitoefenen van invloed. Het alternatieve instrument voorziet in deze (in theorie bestaande) lacune. Onder het alternatieve instrument kan ook bij een nalaten of het uitoefenen van invloed sprake zijn van ongeoorloofdheid, waarbij de bestaande criteria van de instrumenten die in deze lacune hebben voorzien, een belangrijke rol blijven spelen.

**8      Theoretisch bezwaar 7: Van wederpartijen die door de curator worden aangesproken wordt onvoldoende een actieve opstelling verwacht**

Verder ontbreekt het bij de bestaande faillissementspauliana aan het – achteraf – rechtvaardigen van gedrag door de wederpartij, vooral als een bewijsvermoeden van artikel 43 Fw niet van toepassing is. Het alternatieve instrument komt ook aan deze bezwaren tegemoet. De gedachte dat wederpartijen meer verantwoordelijkheid behoren te hebben en daarom gedwongen moeten worden tot het achteraf rechtvaardigen van gedrag, manifesteert zich in een bewijsvermoeden: van personen met een bijzondere hoedanigheid wordt de ongeoorloofdheid vermoed, zodat het aan de wederpartij is om informatie aan te dragen die erop wijst dat de gedraging gebruikelijk is.

**9      Theoretisch bezwaar 8: Rechtsgevolgen succesvolle toepassing criteria**

De bezwaren tegen de rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van de geldende criteria kwamen in hoofdstuk 5 aan de orde. Ik noemde daar het bezwaar dat het herstel in de oude toestand het nadeel niet wegneemt en het gegeven dat de huidige rechtsgevolgen leiden tot onnodige restitutie verplichtingen in de zin van extra werkzaamheden voor de curator, waar de kosten van worden doorberekend aan de

schuldeisers in dat faillissement. Keren deze bezwaren terug als het alternatieve instrument wordt toegepast?

Nu het alternatieve instrument is gericht op het wegnemen van het nadeel, ligt het niet voor de hand dat het bezwaar, dat de rechtsgevolgen het nadeel niet wegnemen, terugkeert. Het vorderen van aanvullende schadevergoeding komt hoogstens voor in de situaties waarin de wederpartij de aan de boedel onttrokken zaak moet overdragen om het nadeel op te heffen, maar daarvoor is, in tegenstelling tot het geldende recht, niet vereist om – afzonderlijk – een onrechtmatige-daadvordering in te stellen.

Daarnaast is het risico op onnodige restitutieverplichtingen beperkt. Het overdragen van zaken is immers alleen aan de orde indien die overdracht noodzakelijk is, dat wil zeggen essentieel is voor de schuldenaar, bijvoorbeeld voor de afwikkeling van het faillissement, of, indien toepasselijk, voor de voortzetting van de onderneming.

## **10 ‘Ander probleem’ 1: Waardebepalingen bij vaststellen benadeling**

De verwachting is dat de problemen met en discussies en geschillen over waardebepalingen onder het alternatieve instrument zullen blijven bestaan. In het kader van het co-reguleringsproces worden bekeken of er oplossingen kunnen worden bedacht om de discussies en geschillen te reduceren. Als dit mogelijk is, zullen er minder geschillen ontstaan, hoewel deze niet vallen uit te sluiten. Het is nu eenmaal lastig om de waarde van goederen of diensten te bepalen.

## **11 ‘Ander probleem’ 2: Contextuele benadering benadelingsvereiste**

De onduidelijkheid die (vooral in de literatuur en minder in de praktijk) als gevolg van de contextuele benadering is ontstaan, lijkt moeilijk oplosbaar. Dit bezwaar dient te worden beschouwd als uitvloeisel van het aansluiten bij (ontwikkelingen in) het Nederlandse vermogensrecht. Hoogstens kan worden benadrukt dat de vraag naar de benadeling vooral niet los kan worden gezien van andere gezichtspunten in situaties dat het moment dat de gedraging plaatsvindt niet samenvalt met dat waarop het nadeel ontstaat, en worden benadrukt dat de voorzienbaarheid bij zo’n verband een belangrijke rol speelt.<sup>8</sup>

## **12 ‘Ander probleem’ 3: (Andere) onduidelijkheden**

De verwachting is dat de bestaande onduidelijkheden niet of slechts in beperkte mate terugkeren onder het alternatieve instrument. Dat kent geen overlegcriterium, hetgeen dan ook niet tot onduidelijkheden kan leiden. Wat wél terugkeert is het onderscheid verplicht-onverplicht, maar daar bestaat thans nauwelijks onduidelijkheid over. Voorts is geobjectiveerde wetenschap ingevuld aan de hand van meer concrete gezichtspunten, die ieder op hun beurt verder zijn geconcretiseerd. Mogelijk leidt dit tot meer duidelijkheid ten opzichte van de bestaande wetenschapscriteria.

Zo bezien lijken de geconstateerde onduidelijkheden niet of in mindere mate terug te keren onder het alternatieve instrument. Daarmee is niet gezegd dat het gedaan is

---

<sup>8</sup> Hoofdstuk 8, paragraaf 3.3.

met de onduidelijkheden of dat het alternatieve instrument volstrekt duidelijk is. Onduidelijkheid is immers nooit helemaal te voorkomen.

### **13 Mogelijk ‘ander probleem’ 4: Wetenschapscriteria niet altijd bestand tegen vennootschappelijke constructies**

Het valt moeilijk te voorspellen of het alternatieve instrument de problemen verhelpt die ontstaan als gevolg van vennootschappelijke constructies die barrières opwerpen om de faillissementspauliana of het alternatieve instrument toe te passen. Dat heeft vooral te maken met de omstandigheid dat niet duidelijk is of er sprake is van een gebrekkige afstemming tussen het insolventie- en vennootschapsrecht. Nader onderzoek zal eerst moeten uitwijzen of er een verband bestaat tussen ontwikkelingen in het vennootschapsrecht en het gebrekkig functioneren van de faillissementspauliana.

Als dat verband vast zou komen te staan, dan is de verwachting dat de flexibiliteit van het alternatieve instrument het mogelijk maakt om eerder door vennootschappelijke constructies te prikken dan met de bestaande faillissementspauliana. Dat komt vooral door de relatief zware zorgplicht die gelieerde personen of personen met (mede)bepalende invloed hebben jegens schuldeisers van de schuldenaar, en de daarmee gepaard gaande verplichting om bepaalde gedragingen achteraf te verantwoorden of te rechtvaardigen.

## Hoe werkt het alternatieve instrument?

### 1 Inleiding

Om zicht te krijgen op hoe het alternatieve instrument werkt, confronteer ik het met een aantal casusposities (*par. 2-10*). Dit doe ik aan de hand van het ontwikkelde instrument zoals ik dat in *Deel II* beschreef en samengevat weergaf in de conclusie aldaar. Het doel hiervan is om de verschillen tussen het alternatieve instrument en de bestaande faillissementspauliana in kaart te brengen, alsmede om een eerste indruk te krijgen van mogelijk nieuwe kritiek die het alternatieve instrument genereert.

De toepassing van het instrument dient zo breed mogelijk te zijn. Deze mag bijvoorbeeld niet beperkt blijven tot alleen de handeling om niet, omdat dan maar heel beperkt kan worden vergeleken met de bestaande faillissementspauliana. Bovendien bestaat dan het gevaar dat in andere typen gevallen heel andere kritiek geldt en dat daarmee slechts een deel van de mogelijk nieuwe kritiek in kaart wordt gebracht.

Door het instrument toe te passen op een relatief grote hoeveelheid (verschillende) casus kan echter de indruk ontstaan dat de toepassing enigszins mechanisch, oppervlakkig of zelfs simplistisch is. Ik acht dit niet bezwaarlijk, omdat een dergelijke toepassing niet in de weg staat aan het maken van de vergelijking en het krijgen van een eerste indruk van mogelijk nieuwe kritiek. Bovendien kan voor de onderliggende redeneringen van de toepassing van het instrument worden verwezen naar de voorgaande hoofdstukken.

De verschillende typen casus die ik hierna onderscheid, zijn:

- Handeling om niet<sup>1</sup> (*par. 2*).
- Verkoop beneden de werkelijke waarde van het verkochte goed (*par. 3*).
- Betaling (*par. 4*).
- Samengestelde transactie, inbetalinggeving of schuldvernieuwing (*par. 5*).
- Vestigen van zekerheidsrechten (*par. 6*).
- Monitoren door een wederpartij (*par. 7*).
- Selectieve betaling (*par. 8*).
- Kennelijk onbehoorlijk bestuur (*par. 9*).
- Verrekening (*par. 10*).

Nadat ik het alternatieve instrument op deze typen casus heb toegepast, ga ik kort in op de voornaamste verschillen tussen het alternatieve instrument en de bestaande faillissementspauliana (*par. 11*). Ook geef ik daarna een eerste indruk van mogelijk nieuwe kritiek die het alternatieve instrument genereert (*par. 12*). Het doel hiervan is te bezien of het alternatieve instrument al meteen bij willekeurig gekozen casus zo'n grote problemen oproept dat op voorhand kan worden geconcludeerd dat het geen zin heeft om de bestaande faillissementspauliana erdoor te vervangen.

---

<sup>1</sup> Hieronder versta ik ook de aankoop boven de werkelijke waarde. De schuldenaar die een goed ter waarde van 100 koopt voor 500 schenkt als het ware 400 aan de wederpartij.

Ik kies ervoor om het ontwikkelde instrument toe te passen op gevallen die aan de werkelijkheid zijn ontleend en zich in gepubliceerde rechtspraak hebben voorgedaan. Dit voorkomt suggestiviteit in de zin dat een casuspositie wordt gekozen omdat deze bijvoorbeeld relatief eenvoudig met het alternatieve instrument kan worden opgelost. Ter voorkoming van vooringenomenheid neem ik ook de feiten over uit de oorspronkelijke uitspraak. Verder kies ik voor de meest recente uitspraak (selecte steekproef).<sup>2</sup> Mocht ik daarvan afwijken, bijvoorbeeld omdat de casus ongeschikt is voor de vergelijking of betrekking heeft op een heel specifiek thema, dan vermeld ik de reden daarvoor.

De gevallen zijn ontleend aan [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). Mijn indruk is dat bij dit medium, in vergelijking met een tijdschrift als JOR, de selectiecriteria voor het publiceren van een uitspraak minder strikt zijn. Dit vergroot de kans op het vinden van representatieve, niet heel specifieke casus. Verder heb ik mij beperkt tot de meest recente uitspraak van rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad. Daarbij is naar de meest recente uitspraak gezocht op basis van de datum van de uitspraak (en niet op de datum van publicatie). De trefwoorden waarmee ik de uitspraken heb geselecteerd, zijn zo veel mogelijk ontleend aan bestaande terminologie. Soms leverde dit geen treffers op, zodat ik werd gedwongen een ander trefwoord te kiezen.

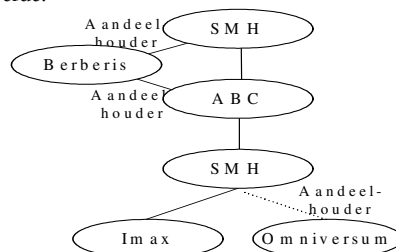
Ik acht het gerechtvaardigd om het alternatieve instrument toe te passen op 'slechts' één casus per gevaltype (en niet op een groter aantal gevallen). Het doel van deze exercitie is immers om een eerste indruk te krijgen van mogelijk nieuwe kritiek (exploratief onderzoek) en niet om de nieuwe kritiek uitgebreid te inventariseren. Daarvoor is het doen van een analyse als in *Deel I* vereist. Daarbij komt dat geen casus gelijk is, zodat de inventarisatie van mogelijk nieuwe kritiek altijd een beperkte zal zijn.

## 2 Handeling om niet

De hiernavolgende feiten zijn ontleend aan een uitspraak van de Rb. Arnhem van 29 december 2004.<sup>3</sup> Deze is gevonden aan de hand van de zoekterm '45 Fw'.

### Feiten

- De rechtbank heeft Imax bij vonnis van 2 januari 2001 in staat van faillissement verklaard. SMH was vanaf 20 december 1996 enig aandeelhouder en vanaf 30 september 1997 tevens bestuurder van Imax. ABC BV is enig bestuurder van SMH. Berberis Beheer BV is enig aandeelhouder van ABC BV. Gedaagde SMH is enig aandeelhouder en bestuurder van Berberis Beheer BV en bestuurder van ABC BV. SMH was tevens enig aandeelhouder van Omniversum, dat evenals Imax een filmtheater exploiteerde.



<sup>2</sup> De gevallen zijn gekozen op 21 september 2005. Later verschenen uitspraken zijn niet meegenomen.

<sup>3</sup> Rb. Arnhem 29 december 2004, LJN: AS2209, 92243.

- Imax heeft in de periode van 1996 tot aan de faillissementsdatum aanzienlijke bedragen betaald aan SMH. In de uitspraak valt verder te lezen dat in de jaren 1997-2000 een totaalbedrag van € 958.248,14 (f 2.111.701,—) door Imax aan SMH is betaald.
- Bij brief van 3 augustus 2001 heeft de curator aan SMH geschreven: “[...] Ik heb inmiddels een nader onderzoek verricht naar de administratie van curanda. Daarbij is onder meer gebleken dat er een intensief betalingsverkeer heeft plaatsgevonden tussen SMH en curanda. Alleen in het jaar 2000 is al door curanda aan SMH een totaalbedrag van f 417.983,92 betaald. Een gedeelte van die betalingen is op voorschotbasis verricht en een ander gedeelte op basis van facturen. De overige betalingen zijn “gewoon” verricht zonder enig kenmerk. Van de heer Reijnhoudt heb ik in januari 2001 begrepen dat de betalingen verricht zouden zijn voor administratie- en managementdiensten. Enige overeenkomst, die aan de betalingen ten grondslag zou moeten liggen, was er niet. Ik verzoek u mij gespecificeerd aan de hand van verificatoire bescheiden een verantwoording te geven voor de door curanda aan SMH in 2000 verrichte betalingen. Indien deze betalingen daadwerkelijk verricht zijn voor administratie- en managementdiensten, dan verzoek ik u mij tevens een gespecificeerde urenverantwoording te verstrekken. Voorts verzoek ik u mij te berichten waarom voornoemde betalingen niet in de grootboekadministratie van curanda zijn verwerkt. [...]”
- Bij brief van 23 november 2001 heeft SMH geschreven dat Imax volgens de boekhouding van SMH in het boekjaar 2000 een bedrag van f 113.257,45 aan SMH heeft betaald, te weten f 114.447,14 onder verrekening van een bedrag van f 1.189,69. Van die bedragen is in die brief ook een specificatie opgenomen. Voorts schrijft SMH in die brief: “Zoals u wellicht weet heeft SMH zelf nooit inkomsten genoten (er is nooit dividend uitgekeerd). De kosten van SMH werden versleuteld over Omniversum en Imax naar rato van de respectievelijke omzetten, aanvankelijk was dat 60-40, later, ik meen in 1998, toen bleek dat de omzetten van Imax in relatieve en absolute zin afnamen, is gekozen voor een verdeling 65-35. Alle kosten van SMH, die in enige maand werden gemaakt werden ook per maand aan de beide theaters in rekening gebracht volgens deze vastgestelde verdeelsleutel. Voor Imax was dat voordelig, omdat de tijdsbesteding binnen SMH eerder 50-50 was.
- Per 1 juni [2000] is binnen de SMH groep besloten tot een ingrijpende reorganisatie, die tot doel had de kosten van SMH te minimaliseren (de huur werd opgezegd, personeel is ontslagen of bij Omniversum in dienst getreden). De daarna nog doorlopende operationele kosten zijn voor de rest van dat jaar door SMH zelf gedragen. De administratie- en managementkosten die door Omniversum voor Imax gemaakt werden (Omniversum personeel verrichtte immers vanaf 1 juni 2000 ondersteunende werkzaamheden voor Imax), zijn vanaf die datum door Omniversum direct bij Imax in rekening gebracht. Helaas zijn deze facturen van Omniversum nooit door Imax betaald. [...] De titel voor deze facturatie ligt bij de aandeelhouder en bestuurder van SMH (respectievelijk Berberis Beheer bv en [ABC BV]), c.q. de aandeelhouder en statutair bestuurder van Omniversum en Imax (te weten SMH), die op grond van efficiency verhoging destijds bij de oprichting van SMH besloten heeft dubblures in functies bij beide theaters op te heffen en het bestuur van de beide theaters vanuit de houdstermaatschappij uit te oefenen. Het ging hier om bedrijfsactiviteiten als management, programmering, marketing en verkoop, communicatie, techniek, theatermanagement, financiële administratie, personeel en organisatie. Ook via de versleuteling van deze ondersteunende diensten leverde dat aanvankelijk voor de theaters lagere kosten op. De gedragslijn van versleuteling van SMH kosten over beide theaters is vanaf de oprichting van SMH gevolgd. Er is geen gespecificeerde urenverantwoording voorhanden. Volgens het toenmalige Hoofd Financiën en Administratie van SMH, die thans bij Omniversum in dezelfde functie in dienst is, zijn de onder 1 genoemde facturen niet alleen in het grootboek van SMH, maar ook in dat van Imax verwerkt. [...]”.

#### *Geldend recht*

In dit geval staan de betalingen door Imax aan SMH centraal, waarvoor SMH wordt aangesproken. Deze zijn onverplicht (om niet) verricht. Niet alleen heeft de curator geen overeenkomst aangetroffen waaruit de verplichting voor de betalingen zou blij-



ken, maar deze zouden ook niet in grootboekrekeningen vast zijn te stellen. Voorts heeft SMH onvoldoende weersproken dat er geen rechtsverhouding aan de betalingen ten grondslag lag.

Ook zijn de betalingen benadelend voor schuldeisers: als deze niet hadden plaatsgevonden, hadden de schuldeisers in faillissement zich op de opbrengst kunnen verhalen. Nu de betalingen in 2000 ad f 417.983,92 hebben plaatsgevonden binnen één jaar voor het faillissement, geldt voor deze betalingen dat wetenschap van benadeling wordt vermoed. Deze zullen dan ook al snel als ongeoorloofd worden gezien. Voor de andere betalingen dient de curator wetenschap van benadeling aan te tonen. Uit de enquête die in deze studie is gehouden blijkt dat dit bijzonder lastig is als er geen bewijsvermoeden van artikel 43 Fw van toepassing is.<sup>4</sup> De kans dat de andere betalingen worden aangetast, is dan ook klein. Om ander nadeel (ten gevolge van de betalingen) op te heffen, biedt een beroep op bestuurdersaansprakelijkheid meer mogelijkheden. Op die grond veroordeelt de rechtbank SMH ook.

#### *Alternatief instrument*

Ook onder het alternatief instrument is sprake van nadeel. Voorts mag worden aangenomen dat Imax ten tijde van de betalingen in financiële problemen verkeerde danwel in deze toestand raakte door de betalingen. Per 1 juni 2000 was binnen de SMH-groep besloten tot een ingrijpende reorganisatie, die tot doel had de kosten van SMH te minimaliseren. Zo werd de huur opgezegd, is personeel ontslagen of bij Omniversum in dienst getreden. Deze gebeurtenissen duiden op financiële problemen bij Imax.

Omdat SMH valt aan te merken als een persoon met (mede)bepalende invloed, wordt de ongeoorloofdheid vermoed. Deze kan niet worden weerlegd aan de hand van de gebruikelijkheid. Zo gaat het beroep op ondernemersvrijheid niet op omdat de betalingen uitsluitend tot voordeel van SMH hebben gestrekt. Nu er geen rechtsgrond voor de betalingen bestaat, hebben deze SMH bevoordeeld boven andere schuldeisers ('eigen voordeel'). Verder is de omvang van het nadeel groot: alleen al f 417.983,92 in 2000. Het wegdenken van (de mogelijkheid van) een faillissement leidt niet tot een andere conclusie. Het gaat om betalingen die niet behoren tot de gewone bedrijfsuitoefening. Daarbij komt dat er kennelijk niets op schrift is vastgelegd. Normaliter mag een schriftelijk stuk van handelpartijen worden verwacht wanneer het gaat om rechtshandelingen die niet behoren tot de gewone bedrijfsuitoefening van de vennootschap.<sup>5</sup> Om die reden concludeer ik dat er sprake is van ongeoorloofdheid.

Het bedrag dat SMH dient te vergoeden, is afhankelijk van het moment waarop Imax in financiële moeilijkheden kwam te verkeren. De uitspraak biedt te weinig aanknopingspunten om dit moment vast te kunnen stellen, maar als het zo is dat de financiële positie van Imax flink achteruit is gegaan vanaf het moment dat SMH aandeelhouder/bestuurder werd van Imax, dan zou dit betekenen dat SMH aansprakelijk kan worden geacht voor alle betalingen in de periode 1997–2000 ad € 958.248,14 (f 2.111.701,—).

---

<sup>4</sup> Hoofdstuk 4, paragraaf 5.

<sup>5</sup> Art. 2:247 BW.

*Verschillen*

Voor de (onverplichte) betalingen die in het jaar 2000 plaatsvinden, bestaat er weinig verschil tussen de bestaande faillissementspauliana en het alternatieve instrument. In beide gevallen kunnen de gedragingen relatief eenvoudig worden aangetast.

Verschillen zijn vooral te zien bij de betalingen die daarvóór hebben plaatsgevonden. Die blijken met de bestaande faillissementspauliana moeilijk aantastbaar, omdat er geen bewijsvermoeden of -omkering is. Wil de curator meer nadeel wegnemen voor de schuldeisers dan alleen het nadeel ten gevolge van de betalingen in het jaar 2000, dan dient hij, zoals in de uitspraak ook gebeurt, een beroep te doen op bestuurdersaansprakelijkheid. Dit heeft niet alleen te maken met de bewijsvermoedens, maar ook met het gegeven dat bij de bestaande faillissementspauliana alleen sprake kan zijn van ongeoorloofdheid bij een (rechts)handeling en niet bij een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar.

Onder het alternatieve instrument ligt dit anders. Daar brengt de (mede)bepalende invloed mee dat personen met dergelijke invloed meer verantwoordelijkheid dragen voor belangen van schuldeisers ten opzichte van personen die minder betrokken zijn. Door die grotere verantwoordelijkheid kan ook bij een nalaten of het uitoefenen van invloed sprake zijn van ongeoorloofd gedrag, zodat de curator geen andere vordering in hoeft te stellen om hetzelfde type schade vergoed te krijgen.

Het is denkbaar dat schuldeisers door de betalingen meer nadeel lijden dan de hoogte van die betalingen. In dat geval kan met de bestaande faillissementspauliana niet al het nadeel worden teruggevorderd. Dit heeft mede te maken met het rechtsgevolg van de bestaande faillissementspauliana, dat tot doel heeft het vermogen in de oude toestand te herstellen in plaats van, zoals bij het alternatieve instrument, het nadeel op te heffen dat door de gedraging is ontstaan.

Onder het alternatieve instrument is er geen gedoe meer met verschillende rechtsgronden en verschillende acties die een curator moet instellen om het – in de kern hetzelfde – nadeel vergoed te krijgen. Dat de curator met één actie al het nadeel vergoed kan krijgen, heeft voorts te maken met de gedachte dat het alternatieve instrument het ontstane nadeel weg moet nemen.

### 3 Verkoop beneden de werkelijke waarde

Het volgende geval is gevonden aan de hand van de zoekterm '42 Fw'. Deze leverde een aantal uitspraken op die in de kern betrekking hadden op een ander gevaltype. Zo ging het om een zekerheidsstelling, was de vordering verjaard, werd de vernietiging niet aangevochten of ging het om een handeling om niet.<sup>6</sup> Een andere uitspraak ketste af op het gegeven dat de rechtbank niet scherp kreeg wat de waarde van het goed is dat aan het vermogen van de schuldenaar is onttrokken, en daarom een deskundige benoemt.<sup>7</sup> Omdat die zaak niet is afgerond en de voorlopige uitkomst onder het alternatieve instrument niet een andere zal zijn, behandel ik ook deze uitspraak niet. De uit-

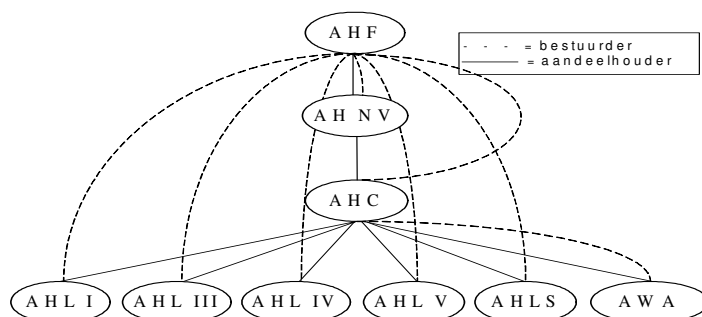
6 HR 8 juli 2005, LJN: AT1089, C04/099HR resp. Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2005, LJN: AT9902, C200301503 resp. HR 18 maart 2005, LJN: AR8871, C03/318HR resp. Rb. Arnhem 29 december 2004, LJN: AS2209, 92243 (zie hiervoor par. 3.2) resp. Hof 's-Hertogenbosch 21 december 2004, LJN: AS9623, C0300129/BR.

7 Rb. Dordrecht 17 november 2004, LJN: AR6141, 46914 HA / ZA 02-2766.

spraak daarna gaat om een betaling en niet om een verkoop beneden de werkelijke waarde.<sup>8</sup> Ik kom daarmee op Pres. Rb. Haarlem 14 juli 2004.<sup>9</sup>

#### Feiten

- AHF is de topholding van de Air Holland Groep. Zij houdt alle aandelen in gedaagde AH NV.
- AH NV houdt alle aandelen in AHC.
- AHF is statutair bestuurder van AH NV, AHC en de hieronder te noemen dochtervennootschappen van AHC, met uitzondering van African West Air Commercial Systems BV, waarvan AHC bestuurder is.



- Tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders van AHF van 12 februari 1996 is het principebesluit genomen om de juridische structuur van de Air Holland Groep te wijzigen. Dit besluit hield onder meer in dat AHC haar dochtervennootschappen,
  - Air Holland Leasing I BV (AHL I)
  - Air Holland Leasing III BV (AHL III)
  - Air Holland Leasing IV (AHL IV)
  - Air Holland Leasing V (AHL V)
  - Air Holland Leasing Spares BV (AHLS)
  - African West Air Commercial Systems BV (AWA),
 (de dochters) aan AH NV zou verkopen.
- Dit besluit is uitgewerkt in twee reorganisatieovereenkomsten en een dividendbesluit, die in de loop van 1996 en begin 1997 zijn geconcipieerd.<sup>10</sup>
- Op 26 maart 1997 ondertekenden AH NV, AHC en de dochters Reorganisatie-overeenkomst I, waarin AHC alle aandelen in de dochters verkocht aan AH NV, welke aandelen op 31 maart 1998 bij notariële akte werden geleverd. Artikel 2.1 van deze overeenkomst bepaalt dat de koopprijs van de aandelen gelijk zal zijn aan de intrinsieke waarde, zoals deze zal blijken uit de balansen van de dochters per 31 maart 1996, opgesteld door de registeraccountant van de dochters (de koopprijs). Uit de balansen blijkt dat het gaat om de volgende bedragen:
 

- AHL I	f 3.533.214,-
- AHL III	f 36.869,-
- AHL IV	f 36.868,-
- AHL V	f 36.868,-
- AHLS	f 34.730,-
- AWA	f 1,-

<sup>8</sup> Rb. Leeuwarden 8 september 2004, LJN: AR1614, 60525 HA / ZA 03-726.

<sup>9</sup> Pres. Rb. Haarlem, 14 juli 2004, LJN: AQ6546, 87737 / HA ZA 02-1310.

<sup>10</sup> De beoordeling van het dividendbesluit laat ik buiten beschouwing. Wat gebeurde was dat de ontstane verplichting ten gevolge van de verkoop werd verrekend met de dividenduitkering, waarbij de hoogte van die uitkering gelijk was aan de koopprijs. Dit is een samengestelde transactie (en niet een verkoop beneden de werkelijke waarde), welk type casus hierna in paragraaf 5 aan de orde komt.

- Totale koopprijs f 3.678.550,-
- De totale koopprijs had vrijwel uitsluitend betrekking op AHL I, die eigenaar was van het hieronder te noemen vliegtuig.
- AHL I was eigenaar van de Boeing 737, AH-OZA (de OZA). Op de balans van AHL I per 31 maart 1996 is de OZA opgenomen met een boekwaarde van f 28.534.191,-.
- Het jaarverslag van AH NV per 31 maart 1997 vermeldt dat de reële waarde van de OZA op dat moment f 37.500.000,- bedraagt.
- In maart 1998 verkocht AHL I de OZA voor f 41.680.000,- in het kader van een 'sale and lease back' transactie.
- Op 25 januari 2000 is AHC failliet verklaard.

#### *Geldend recht*

Is de verkoop door AHC aan AH NV van AHL I ongeoorloofd? Om dit te kunnen beoordelen, dient eerst benadeling van schuldeisers te worden vastgesteld. Daarvoor is van belang te weten wat er was gebeurd als de transactie achterwege was gebleven. De vraag die hierbij van belang is, is wat de werkelijke waarde van de OZA was en of rekening had moeten worden gehouden met de waardevermeerdering van de OZA.

In de uitspraak valt daarover het volgende te lezen. Uit een faxbericht van 2 februari 1998 blijkt dat 'begin 1998 de marktwaarde van B 737-300's, het type van de OZA, uitzonderlijk hoog was. Boeing had aangekondigd de productie van dit type vliegtuig te staken, terwijl er geen alternatieven voorhanden waren, bij een grote vraag naar capaciteit in de luchtvaartwereld. Dat gunstige klimaat bestond, zo stellen gedaagden onbetwist, ten tijde van Reorganisatie-overeenkomst I nog niet.' Voorts geeft ook de taxatie van AHL I geen uitsluit.

Op basis hiervan, zo oordeelt de rechtbank, kan niet van benadeling van schuldeisers worden gesproken. Hier kan men anders over denken – de OZA stond ten tijde van de reorganisatieovereenkomst voor f 37,5 mln. in de boeken – maar op deze waardering van feiten wil ik niet ingaan. Het gaat mij om de vergelijking tussen de bestaande faillissementspauliana en het alternatieve instrument. Ik veronderstel daarom dat er wél sprake is van benadeling van schuldeisers. Overigens zou men ook onder het alternatieve instrument kunnen twisten over de vraag van de benadeling.

Uitgaande van een benadeling van schuldeisers, is het aan de curator om aan te tonen dat AH NV wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn. De bewijsvermoedens van artikel 43 Fw vinden geen toepassing, omdat de transactie meer dan één jaar voor het faillissement van AHL I failliet wordt verklaard. De uitspraak biedt verder geen aanknopingspunten, omdat de beoordeling van het geschil ophoudt bij de vraag naar de benadeling. Feit is wel dat de transactie meer dan een jaar voor het faillissement heeft plaatsgevonden en dat de kans dan groot is dat de curator wetenschap moet aantonen aan de hand van correspondentie, (getuigen)verklaringen of notities. Dit maakt het moeilijk voor de curator om de vereiste wetenschap vast te stellen en de transactie aan te tasten.

#### *Alternatief instrument*

Ook bij het toepassen van het alternatieve instrument ga ik uit van benadeling van schuldeisers en van financiële problemen bij de schuldenaar ten tijde van de verkoop. Dit betekent dat moet worden bekeken welke hoedanigheid de wederpartij heeft en of de verkoop gebruikelijk is.

De wederpartij (AH NV) kan worden gekwalificeerd als een persoon met (mede)bepalende invloed. Deze is immers statutair bestuurder van schuldenaar AHC. Daarmee wordt de ongebruikelijkheid vermoed. De kans is klein dat de ongebruikelijkheid kan worden weerlegd. AH NV kan zich niet beroepen op ondernemersvrijheid, omdat de transactie alleen tot eigen voordeel strekt. Verder is de omvang van het nadeel substantieel te noemen. Het gaat immers om nadeel van meer dan f 20 mln. Verder is het onwaarschijnlijk dat AHC (of AHL I) voor de financiële problemen bij AHC vliegtuigen verkocht aan AH NV.

Ik concludeer dat, uitgaande van een benadeling, de transactie onder het alternatieve instrument ongeoorloofd is, en dat de ontstane schade kan worden teruggevorderd. Ik zou deze begroten op een bedrag van rond de f 25 mln. Desgewenst kan van AH NV worden verlangd dat deze hier zekerheid voor stelt.

#### *Verschillen*

Het verschil tussen de toepassing van de bestaande faillissementspauliana en het alternatieve instrument is vooral gelegen in de manier waarop wetenschap wordt vastgesteld. Naar geldend recht is het waarschijnlijk dat de curator aan de hand van correspondentie en (getuigen)verklaringen moet nagaan of de wederpartij (AH NV) op de hoogte was van de financiële toestand van de schuldenaar (AHC). Onder het alternatieve instrument kan de wetenschap eenvoudiger worden vastgesteld, namelijk aan de hand van geobjectiveerde normen zoals de hoedanigheid en de gebruikelijkheid.

## **4 Betaling**

Het eerste resultaat dat met de zoekterm ‘47 Fw’ werd gevonden, leverde een uitspraak op die ongeschikt was om te beoordelen. Deze betrof een zekerheidsstelling, welk type casus ik hierna behandel.<sup>11</sup> Ik kom dan uit op een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden van 8 september 2004.<sup>12</sup>

#### *Feiten*

- Papier BV maakte deel uit van de Reha-groep, een concern van verschillende besloten vennootschappen.
- Omdat het financieel niet goed ging met dat concern is in het begin van het jaar 2002 een herstructurering overwogen.
- Conpax en Papier BV hebben geen deel uitgemaakt van hetzelfde concern.
- Op 11 januari 2002 heeft Papier BV haar businessunit ‘Promotionele Verpakkingen’ verkocht en geleverd aan Conpax.
- Conpax nam met ingang van 1 maart 2002 haar intrek in het ook door Papier BV gebruikte bedrijfspand.
- De administrateur van Papier BV verrichtte ook administratieve werkzaamheden voor Conpax; beide b.v.’s hadden op genoemd adres een gezamenlijke aansluiting voor telefoon, energie, water e.d.
- Op 24 juli 2002 heeft de Friesland Bank aan Papier BV het krediet opgezegd.
- Op 29 augustus 2002 heeft de rechtbank op eigen aangifte d.d. 26 augustus 2002 het faillissement uitgesproken van Papier BV.

---

11 Hof 's-Hertogenbosch 21 december 2004, LJN: AS9623, C0300129/BR. Zie paragraaf 6 voor de beoordeling van een zekerheidsstelling.

12 Rb. Leeuwarden 8 september 2004, LJN: AR1614, 60525 HA ZA 03-726.

- De curator heeft geconstateerd, dat in de periode van 30 juli 2002 tot en met 28 augustus 2002 Papier BV aan Conpax tien betalingen heeft gedaan ad in totaal 43.894,55 euro.
- Aan concurrente vorderingen is bij de curator tot en met medio 2003 voor een bedrag van 451.196,59 euro aangemeld.

#### *Geldend recht*

Kan Conpax met succes worden aangesproken voor de betalingen die zij ontving van het later gefailleerde Papier BV? In dit geval zijn de betalingen verplicht verricht. Zij berustten op een afspraak die inhield dat Papier BV de gelden die eigenlijk aan Conpax toekwamen, aan Conpax zou doorbetalen.<sup>13</sup> Sinds de overname door Conpax van de businessunit 'Promotionele Verpakkingen' bleken de schuldenaren hun rekeningen nog altijd aan Papier BV te betalen in plaats van aan Conpax.

Is er sprake van benadeling? Nu de doorbetalingen hebben plaatsgevonden, heeft een bedrag het vermogen van de schuldenaar verlaten. Dit was echter ook gebeurd als de doorbetalingen niet hadden plaatsgevonden. De betalingen aan Papier BV zouden dan op grond van onverschuldigde betaling zijn teruggevorderd. Ook in dat geval zou hetzelfde bedrag het vermogen hebben verlaten als dat met de doorbetalingen het vermogen heeft verlaten. In beide gevallen doet zich dus geen vermogensvermindering of wijziging in de rangorde voor.

Stel dat de betalingen toch benadelend (en nog altijd verplicht) waren geweest, bijvoorbeeld omdat het niet ging om het doorleiden van betalingen maar om betalingen als wederprestatie voor geleverde diensten. Zijn ze dan geoorloofd? Die kans is groot, want het faillissement van Papier BV was ten tijde van de betalingen nog niet aangevraagd, terwijl ook een beroep op het overlegcriterium weinig kans van slagen heeft.<sup>14</sup> Buiten de situatie dat de leidinggevendenden van schuldenaar en wederpartij dezelfde personen zijn – wat in casu niet het geval is – is het aantonen van samenspanning moeilijk, zo niet onmogelijk.

#### *Alternatief instrument*

Om dezelfde reden als onder het geldend recht kan geen benadeling worden aangenomen. Om de bestaande faillissementspauliana toch goed te kunnen vergelijken met het alternatieve instrument, veronderstel ik de benadeling van schuldeisers als ik het alternatieve instrument hierna toepas. Ik ga er daarbij van uit dat de betalingen hun grondslag vinden in een overeenkomst tussen Conpax en Papier BV waarbij Conpax bepaalde diensten leverde aan Papier BV.

Uitgaande van een benadeling dient de curator vast te stellen of de schuldenaar ten tijde van de gedraging insolvent of illiquide was. Zo'n toestand kan worden afgeleid uit het gegeven dat het gaat om betalingen die een paar weken voor faillissement hebben plaatsgevonden. De financiële toestand zal in die periode niet al te best zijn geweest.

Er bestaat geen concernverhouding tussen Papier BV en Conpax. Wel gebruikten zij hetzelfde pand, hadden ze dezelfde administrateur, en een gezamenlijke aansluiting voor de telefoon, energie, water en dergelijke. Voorts verrichtten beide ondernemingen, door de overdracht van een onderdeel van het bedrijf, veel transacties met elkaar.

<sup>13</sup> Zie de afspraak.

<sup>14</sup> Zie de afspraak, waar het beroep op het overlegcriterium wordt afgewezen.

Op grond hiervan neem ik gelieerdheid tussen Conpax en Papier BV aan, in die zin dat de kans dat de financiële toestand van Papier BV kenbaar was voor Conpax, relatief groot is, en dat het waarschijnlijk is dat Conpax eerder zou worden betaald dan andere schuldeisers.

Kan het vermoeden van de ongeoorloofdheid worden weerlegd? Eerst dient er dan te worden gekeken naar de omvang van het nadeel. Dat is behoorlijk, zowel in absolute zin (€ 43.894,55) als relatief, dat wil zeggen, afgezet tegen de schulden in faillissement: met de ruim € 43.894,55 zou bijna 10% van de concurrente vorderingen kunnen worden betaald.

Vervolgens dient te worden gezien of het wegdenken van het faillissement het benodigde tegenbewijs levert om het vermoeden te weerleggen. Weliswaar gaat het om een verplichte handeling, maar de gelieerdheid, het relatief grote gewicht dat dan aan de omvang van het nadeel moet worden toegekend, en het feit dat het nadeel zo kort voor het faillissement is ingetreden, brengt mee dat het belang dat een verplichting wordt nagekomen, dient te worden gerelativeerd. Conpax zal de schade daarom dienen te vergoeden, mede omdat er een causaal verband bestaat tussen de betalingen en het nadeel.

#### *Verschillen*

Uitgaande dat er sprake is van benadeling van schuldeisers, laat de vergelijking zien dat de betalingen wél kunnen worden aangetast met het alternatieve instrument en niet met de bestaande faillissementspauliana. Verder valt op dat de toepassing van het alternatieve instrument niet leidt tot moeilijkheden zoals met het aantonen van overleg, samentenspanning of een oogmerk. Het stelt de curator en rechter in staat om de betalingen aan de hand van geobjectiveerde criteria aan te pakken, ook als die plaatsvinden vóór de faillissementsaanvraag.

### **5 Samengestelde transactie, inbetalinggeving of schuldvernieuwing**

Een uitspraak van de rechtbank Arnhem van 19 januari 2005 is de eerste samengestelde transactie, inbetalinggeving of schuldvernieuwing die ik aantrof bij het zoeken op trefwoord 'pauliana'.<sup>15</sup> Het gaat daar om een verkoop met daaropvolgende verrekening.<sup>16</sup>

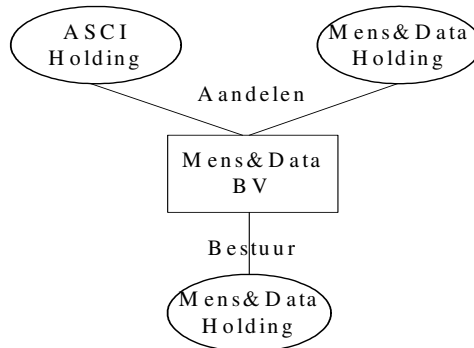
#### *Feiten*

- Mens&Data BV en Mens&Data Holding zijn op 30 oktober 1996 opgericht. De holding werd daarbij enig bestuurder van de BV. Het doel van de BV was het geven van cursussen.
- Op 14 maart 1997 is tussen de holding en ACSI Holding een (management)overeenkomst gesloten die inhield dat ACSI Holding vanaf 1 januari 1997 deelnam in de resultaten van Mens&Data BV en voor 50% deelnam in haar aandelenkapitaal. Vanaf 24 april 1997 is ACSI Holding ook feitelijk bij de directie van Mens&Data BV betrokken.
- De overeenkomst tussen ACSI Holding en Mens&Data Holding is op schrift gesteld en ondertekend. Zij is voor akkoord getekend door Mens&Data BV. In de akte staat [...] onder meer dat Mens&Data Holding de directie van de BV voert en daartoe [gedaagde 2] op full-time basis beschikbaar stelt.

---

<sup>15</sup> Rb. Arnhem 19 januari 2005, LJN: AS5804, 112019.

<sup>16</sup> Ik ga voorbij aan andere vorderingen als kennelijk onbehoorlijk bestuur. Deze typen casus komen in de andere (sub)paragrafen aan de orde.



- Twee arbeidsovereenkomsten werden door Mens&Data in 2001 beëindigd wegens sterk teruglopende omzetten. Op 5 juli 2001 vond de mondelinge behandeling van de ontbindingsverzoeken plaats. In de zomer van 2001 werd ACSI Holding verzocht geld te storten in verband met de slechte financiële situatie bij de BV.
- Op 5 juli 2001 heeft Mens&Data BV aan Mens&Data Holding haar inventaris en computers die vermeld waren in de specificatie materiële vaste activa van de jaarrekening 2000, verkocht voor f. 31.367,88 exclusief OB en de overige inventarisgoederen en computers voor f. 7.460,12. De totale koopsom was inclusief OB f. 46.205,32, omgerekend in euro's € 20.967,-.
- Het bedrag van de onder 8 bedoelde totale koopsom is op 10 juli 2001 aan de holding gefactureerd en op 11 juli 2001 van de holding ontvangen.
- Mens&Data BV had rekening courant-verhoudingen met ACSI Holding en Mens&Data Holding. Op 11 juli 2001 was Mens&Data BV in rekening courant aan Mens&Data Holding een bedrag verschuldigd van (ten minste) f. 283.874,-. In rekening courant was zij toen ACSI-Holding ten minste f. 270.046,- verschuldigd. Op genoemde datum heeft zij aan Mens&Data Holding f. 13.828,- (€ 6.274,87) overgemaakt met als omschrijving 'uitkering van rekening-courant [gedaagde 2]-[gedaagde 3]'. Het bedrag stemde overeen met het verschil tussen de rekening courantsaldi van de twee genoemde holdings. Reeds in 1998 bestond er een verschil van meer dan f. 12.000,- tussen de beide rekening-courantsaldi.
- Op 8 augustus 2001 is aan UWV GAK en de belastingdienst doorgegeven dat er sprake was van betalingsonmacht.
- Op 18 augustus 2001 is de inventaris van het kantoor van Mens&Data BV door een verhuizer opgehaald.
- Op 5 september 2001 is Mens&Data BV op eigen aangifte failliet verklaard. De schuldenlast van de BV beliep op de datum van de dagvaarding € 59.730,- aan boedelkosten, € 53.276,- aan preferente en € 235.150,04 aan concurrente crediteuren.
- Op 16 maart 2004 is door de curator conservatoir beslag en conservatoir derdenbeslag gelegd.

#### *Geldend recht*

Het gaat in dit geval om de verkoop van de inventaris met daaropvolgende verrekening in rekening-courant tussen Mens&Data BV en Mens&Data Holding. Deze transactie is aan te merken als een onverplichte handeling.<sup>17</sup> Voorts leidt de samengestelde transactie ertoe dat schuldeisers zich op minder vermogen kunnen verhalen dan wanneer de transactie niet had plaatsgevonden. De opbrengst van de verkoop van de inventaris is immers alleen aan de holding ten goede gekomen. Daarmee is de benadeling gegeven. Voorts geldt een vermoeden van wetenschap van benadeling, omdat de wederpartij

<sup>17</sup> Zie HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (Kin/Emmerig q.q.).



bestuurder is van de schuldenaar.<sup>18</sup> In de uitspraak wordt dit vermoeden niet weerlegd danwel onvoldoende weersproken. Daarbij speelde een rol dat op 8 augustus 2001 betalingsonmacht was doorgegeven aan het UWV en de Belastingdienst, en in de zomer van 2001 ACSI-holding al was verzocht geld te storten in verband met de financiële situatie. Daarmee is de transactie paulianeus.

#### *Alternatief instrument*

Er is, zo stelde ik al, sprake van nadeel. De ontbindingsverzoeken voor de twee arbeidsovereenkomsten en het verzoek aan ACSI-Holding in verband met de slechte financiële situatie bij Mens&Data BV begin juli 2001 wijzen op financiële problemen. Dat de schuldenaar ongeveer twee maanden daarna faillieert, versterkt de gedachte dat de financiële situatie Mens&Data BV ten tijde van de transactie problematisch is te noemen.

Mens&Data Holding valt te kwalificeren als een persoon met (mede)bepalende invloed. Deze was 50% aandeelhouder en aanvankelijk enig bestuurder; later werd ook ACSI Holding bij de feitelijke directie betrokken. Voornoemde kwalificatie roept een vermoeden van ongeoorlooftheid in het leven. In hoeverre kan dit vermoeden worden weerlegd?

Daarvoor dient naar de gebruikelijkheid te worden gekeken. Eerst valt op dat slechts een deel van de opbrengst tot voordeel van Mens&Data Holding strekt. Van de fl. 46.205,32 gaat uiteindelijk maar fl. 13.828,- naar de holding, terwijl deze fl. 283.874,- te vorderen had. Het betaalde bedrag stemde overeen met het verschil tussen de rekening-courantsaldi van de twee genoemde holdings.

Wat ik echter niet inziet, is waarom ACSI Holding om een financiële injectie wordt gevraagd en tegelijkertijd Mens&Data Holding wordt betaald. Kijkend naar de schuldenlast van € 53.276,- aan preferente en € 235.150,04 aan concurrente schuldeisers, geloof ik niet dat de opbrengst van de inventaris enig effect kan hebben gehad. De wederpartij kan de gedraging, die tot eigen voordeel strekte, dan ook niet met een beroep op de ondernemersvrijheid rechtvaardigen.

Het nadeel lijkt me voldoende substantieel om terug te vorderen. Tot slot kan ook het wegdenken van het faillissement de samengestelde transactie niet rechtvaardigen. Het kan weliswaar voorkomen dat activa buiten faillissement worden verkocht om geld te genereren, maar het lijkt mij onwaarschijnlijk dat hetzelfde geldt voor het verkopen van inventaris. Daarmee is de gedraging als ongebruikelijk en ongeoorloofd te beschouwen. De curator moet dan ook een bedrag van f. 13.828,-, vermeerderd met wettelijke rente, kunnen vorderen. Dat de holding voor dit bedrag een vorm van zekerheid stelt, lijkt daarbij op zijn plaats.

#### *Verschillen*

Op het eerste gezicht bestaan er weinig verschillen tussen de toepassing van de bestaande faillissementspauliana en het alternatieve instrument. Naar geldend recht hoeft de curator slechts benadeling aan te tonen en verder een beroep te doen op het bewijsvermoeden in artikel 43 Fw. Er is dan weinig verschil met de toepassing van het alternatieve instrument, waar de bijzondere hoedanigheid van de wederpartij meebrengt dat de ongebruikelijkheid wordt vermoed.

---

<sup>18</sup> Art. 43 lid 1 sub 5a Fw.

Een verschil tussen de toepassing van de bestaande faillissementspauliana en die van het alternatieve instrument is dat het alternatieve instrument (geobjectiveerde) gezichtspunten aanreikt aan de hand waarvan de wederpartij het vermoeden van ongebruikelijkheid kan weerleggen. Op dit punt biedt het meer duidelijkheid dan het geldende recht, waar het buiten de bewijsvermoedens niet duidelijk is of en hoe wetenschap aan de hand van geobjectiveerde gezichtspunten wordt ingevuld.

## 6 Vestiging zekerheidsrechten bij kredietverlening

Bij het zoeken op trefwoord '47 Fw' stuitte ik op HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457 (*Van Dooren q.q./ABN Amro II*), waarin een zekerheidsstelling het onderwerp van discussie was.<sup>19</sup>

### *Feiten*

- De bank heeft in 1991 aan een groep ondernemingen, waartoe onder meer Hendriks Beheer behoorde, een krediet in rekening-courant verleend van f 8.000.000. Hiervoor verkreeg de bank onder meer een aantal zekerheden.
- In augustus 1993 raakte de bank bekend met liquiditeitsproblemen van de groep. Na uitgebreid overleg tussen partijen heeft de bank bij door de groep aanvaarde conditiebrief van 5 november 1993 het krediet met f 1.000.000 verhoogd tot f 9.000.000. Als zekerheid voor deze extra kredietfaciliteit werden in de brief aan de bank aanvullende zekerheden toegezegd, waaronder door Hendriks Beheer te verstrekken hypotheeken op een drietal aan haar toebehorende onroerende zaken.
- Op 11 november 1993 is ter uitvoering hiervan aan de notaris opgedragen de betreffende aktes op te stellen en te doen verlijden. De hypotheeken werden gevestigd door het verlijden op 3 december 1993 van een notariële akte en de inschrijving daarvan in de openbare registers op 6 december 1993. Bij deze nieuwe hypotheekakte zijn zekerheden verleend voor het totaal van het krediet van f 9.000.000. Op 5 november 1993 bedroeg de debetstand in de rekening-courant f 8.700.000 en op 6 december 1993 f 8.370.000.
- In verband met de verslechterende financiële positie van de groep is er gedurende de maand november en aanvang december 1993 intensief overleg tussen de bank en de onderneming geweest.
- Op 8 december 1993 is voorlopige surseance van betaling van Hendriks Beheer (en de overige tot de groep behorende vennootschappen) gevraagd en verkregen. Op verzoek van de bewindvoerder is vervolgens op 13 december 1993 het faillissement van Hendriks Beheer uitgesproken.

### *Geldend recht*

De geoorloofdheid hangt af van het antwoord op de vraag of de zekerheidsstelling valt te kwalificeren als verplicht of onverplicht. Deze is verplicht als de zekerheidsstelling volgt uit de verplichting van de schuldenaar om desgevraagd zekerheid te stellen voor de nakoming van zijn bestaande verplichtingen jegens de bank (artikel 20 ABV). In dat geval is de kans klein dat de zekerheidsstelling wordt aangetast. Er dient immers een geslaagd beroep op het overlegcriterium te worden gedaan; ten tijde van de zekerheidsstelling was het faillissement van de schuldenaar nog niet aangevraagd. Hoogstens kan de bank (op grond van artikel 6:162 BW jo. artikel 20 ABV) een verwijt worden gemaakt als blijkt dat de verkregen zekerheden niet in verhouding staan tot het verleende krediet.

<sup>19</sup> HR 8 juli 2005, LJN: AT1089, C04/099HR. De feiten zijn ontleend aan HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (*van Dooren q.q./ABN Amro I*), aan welke uitspraak ook de A-G de feiten ontleent.

Als er geen rechtsgrond bestond voor de afspraak om krediet te verlenen in ruil voor aanvullende zekerheid, is er sprake van een onverplichte handeling. Ook is voldaan aan de vereiste benadeling. In dit geval is deze middellijk, want de benadeling ontstaat pas zodra de schuldenaar een deel van het krediet opneemt en aanwendt.<sup>20</sup> De bank mag zich dan bij voorrang verhalen op de resterende activa.

Het is aan de curator om wetenschap van benadeling aan te tonen, dat wil zeggen aannemelijk te maken dat de schuldenaar naar redelijke verwachting niet in staat was al zijn schuldeisers te betalen, waarbij rekening moet worden gehouden met de mogelijk gunstige gevolgen van de kredietverlening.<sup>21</sup> De financiële problemen van de schuldenaar zijn in dit geval gegeven, maar de casus biedt te weinig aanknopingspunten om valide uitspraken te kunnen doen over de vraag of die gunstige gevolgen er zijn. Het is waarschijnlijk dat de curator in dit geval de vereiste wetenschap wel kan aantonen. De transactie heeft zeer kort vóór het faillissement van de schuldenaar plaatsgevonden en er heeft intensief overleg plaatsgevonden tussen bank en schuldenaar.

#### *Alternatief instrument*

Onder het alternatieve instrument gaat het om het beoordelen van het gehele gedrag van de bank: heeft deze adequaat gemonitord?

Ik stelde al vast dat er nadeel is. Omdat de oorspronkelijke zekerheidsstelling evident tot doel heeft op een mogelijk faillissement te anticiperen, dient meteen aan de hoedanigheid en de gebruikelijkheid te worden getoetst. Dit levert op dat de bank (mede)bepalende invloed heeft. De gedachte hierachter is dat banken door het hebben van zekerheid invloed kunnen uitoefenen, en dit ook behoren te doen op het moment dat zij zien dat de schuldenaar in financiële problemen raakt. De belangen van schuldeisers komen dan immers in het geding.

Vanwege het eigen voordeel dat de zekerheidsstelling meebrengt, is het aan de bank om inzicht te geven in de mate waarin deze adequaat heeft gemonitord, welke beslissingen deze heeft genomen en waarom. Zij dient met name ook te verantwoorden waarom een nieuw krediet is verleend aan de schuldenaar op een moment dat deze er financieel beroerd voorstaat. In dit geval heeft de bank geen inzicht gegeven in de door haar gemaakte beslissingen, maar dit hoeft naar geldend recht ook niet. De bestaande criteria eisen dit niet van banken.

Mocht de bank haar gedrag niet met een goede reden kunnen verklaren, dan kunnen de verstrekte zekerheden, althans een deel ervan, worden genegeerd. De mate waarin de bank adequaat heeft gemonitord is bepalend voor de omvang van de zekerheden waarop deze aanspraak mag maken. Het wél adequaat monitoren leidt tot de conclusie dat de kredietverlening en de gevestigde zekerheidsrechten geoorloofd zijn.

#### *Verschillen*

Bij de toepassing van het alternatieve instrument wordt van de bank (financier) met zekerheden een grotere verantwoordelijkheid verlangd dan naar geldend recht. Deze dient dan aannemelijk te maken dat hij de schuldenaar adequaat heeft gemonitord. Dit is een groot verschil met de bestaande faillissementspauliana, waar er problemen of ge-

---

20 Zie ook HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457 (*Van Dooren q.q./ABN Amro II*).

21 HR 17 november 2000, NJ 2001, 272 (*Bakker q.q./Katko*) jo. HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (*Eneaa*).

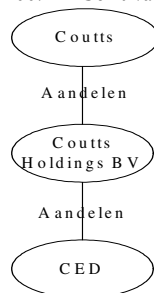
schillen kunnen ontstaan over de kwalificatie van de zekerheidsstelling (verplicht of onverplicht). Een ander belangrijk verschil is dat met het alternatieve instrument ook voorrangsposities kunnen worden beoordeeld die worden ingenomen vóórdat de schuldenaar in financiële problemen raakt. Het verrast dan ook niet dat in dit geval naar geldend recht niet kan worden getoetst of de beoordeling in dit geval ten gunste van de bank uitvalt. Naar geldend recht wordt niet van banken verlangd dat zij in faillissement verantwoording afleggen over of en hoe zij hebben gemonitord.

## 7 Monitoren

Mogelijk biedt een uitspraak van 27 oktober 2004 van de Rechtbank Zutphen, meer aanknopingspunten om het monitoren van kredietgevers te beoordelen.<sup>22</sup> Deze uitspraak is de meest recente die ik met de zoektermen ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ en ‘faillissement’ ben tegengekomen en die betrekking heeft op een moedervernootschap die krediet verleende aan haar dochter.

### Feiten

- Bij beschikking van deze rechtbank d.d. 27 juni 2003 is voorlopig surséance van betaling verleend aan CED. Bij beschikking van deze rechtbank d.d. 1 juli 2003 is de voorlopige surséance van betaling ingetrokken en is CED in staat van faillissement verklaard.
- De aandelen van CED waren destijds voor 100% in handen van Coutts Holdings BV. De aandelen in Coutts Holdings BV zijn voor 100% in bezit van Coutts.



- CED sloot het jaar 2000 af met een winst van f 139.952,-- (€ 63.507,45). Het eigen vermogen bedroeg ultimo 2000 f 360.268,-- (€ 163.482,49). In 2001 werd een verlies van f 730.795,-- (€ 331.620,31) geleden. Het eigen vermogen is daardoor negatief geworden. Eind 2001 bedroeg het negatieve eigen vermogen f 370.527,-- (€ 168.137,82).
- Op 21 februari 2002 is door CED en Coutts besloten om CED ingrijpend te reorganiseren. In dit verband zou het te ruime bedrijfspand worden verkocht (en voor een gedeelte weer worden terug gehuurd), zouden de displays extern geproduceerd gaan worden en zou een belangrijk gedeelte van het personeel worden ontslagen. In de uitvoering van de reorganisatie is grote stagnatie ontstaan doordat de verkoop van het bedrijfspand tot een procedure tussen CED en de koper van het pand heeft geleid.
- In 2002 heeft CED een verlies geleden van € 615.351,--. Coutts heeft in dat jaar aan CED gelden verstrekt van in totaal € 700.000,--. Ook in 2003 (5 maart, 2 april en voor het laatst op 13 juni) heeft Coutts aan CED gelden verstrekt ad in totaal € 186.846,--. CED heeft op 11 maart

<sup>22</sup> Rb. Zutphen 27 oktober 2004, LJN: AR4700, 58197 HAZA 03-1252. Ik behandel niet aspecten als kennelijk onbehoorlijk bestuur en selectieve betaling, die ook in deze uitspraak aan de orde kwamen. Deze typen casus komen in de (sub)paragrafen hierna aan de orde.

2003 € 50.000,— aan Coutts terugbetaald. De handelscrediteuren van CED over het jaar 2002 zijn nagenoeg geheel betaald. Ook de tot maart 2003 door CED aangegane verplichtingen jegens haar handelscrediteuren zijn nagenoeg allemaal nagekomen. Het verlies van CED over de periode januari tot en met mei 2003 bedraagt op grond van voorlopige cijfers € 248.170,— (voor belastingen).

- In 2003 is de reorganisatie van CED weer verder ter hand genomen en is een gedeelte van het personeel ontslagen. Nadat tussen CED en de koper van het bedrijfspand een regeling in der minne tot stand was gekomen, is het bedrijfspand omstreeks 18 juni 2003 aan de koper geleverd.

### *Geldend recht*

Het gaat in dit geval om de vraag of Coutts schadeplichtig is. In de uitspraak oordeelt de rechtbank dat er sprake is van een onrechtmatige daad, maar niet van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW. In de ogen van de rechtbank valt tegen Coutts als (mede)beleidsbepaler geen ernstig verwijt te maken. Voor de onrechtmatigheid was voor de rechtbank van belang dat

‘niet uit het oog mag worden verloren dat Coutts [...] zich intensief en ingrijpend [...] met het beleid van CED heeft bemoeid. Coutts heeft het zwaar verlieslijdende CED door het verstrekken van gelden [...] feitelijk kunstmatig in leven gehouden. Coutts heeft niet weersproken dat zij na aanvankelijk maandelijks op een gegeven moment in 2002 wekelijks en tenslotte in 2003 bijna dagelijks op de hoogte werd gesteld van de financiële situatie van CED, zodat Coutts wist en in ieder geval behoorde te weten dat, zodra zij de financiering van CED zou staken, een faillissement van CED met vele onbetaald gebleven schuldeisers het onafwendbaar gevolg zou zijn. Immers, als gevolg van de voltooiing van de reorganisatie van CED was CED op 18 juni 2003 toen het bedrijfspand werd geleverd, nog niet meteen een onderneming die zonder de steun van Coutts “op eigen benen” kon staan. [...] Of de reorganisatie het beoogde gevolg zou hebben, was een vraag die op dat moment nog in de toekomst lag, waarbij de ongunstige ontwikkelingen in de branche waarin CED opereerde vanzelfsprekend een belangrijke rol spelen. [...]’.

De hoedanigheid van Coutts blijkt een belangrijke rol te spelen. Ook heeft de vrijheid om te ondernemen een rol gespeeld bij het bepalen van de onrechtmatigheid. Voor wat de hoogte van de schade betreft, oordeelt de rechtbank dat Coutts niet aansprakelijk is voor het hele deficit in het faillissement van CED en dat de schade nader opge maakt dient te worden.

### *Alternatief instrument*

De vordering van Coutts en de andere concernleden bedraagt € 969.800,92, de gewone handelscrediteuren hebben een vordering van € 441.860,04, terwijl de preferente vorderingen € 57.359,39 bedragen. De vordering van het UWV – een boedelschuld – bedraagt € 24.503,34. Naar verwachting komt het te realiseren actief uit op ongeveer € 330.000,—. Ook al zou Coutts haar vordering intrekken, dan resteert nog een aanzienlijk tekort. Er is dus nadeel voor schuldeisers.

De solvabiliteit van CED kwam in 2001 in gevaar. Dat boekjaar werd immers afgesloten met een negatief eigen vermogen. Dit betekent dat het gedrag van Coutts, bestaande uit het verlenen van krediet en het mede opstellen van het reorganisatieplan, plaatsvond toen CED in financiële moeilijkheden verkeerde. Voorts valt Coutts aan te merken als een persoon met (mede)bepalende invloed. Behalve dat Coutts 100% aandeelhouder is van Coutts Holdings BV, die 100% aandeelhouder is van CED, blijkt de

(mede)bepalende invloed van Coutts voorts uit zijn betrokkenheid bij het opstellen van het reorganisatieplan.

Gegeven de hoedanigheid van Coutts, rijst de vraag of de gedragingen gebruikelijk zijn geweest. Deze strekten nauwelijks tot 'eigen' voordeel, zodat moet worden bekeken of er van een ernstig verwijt kan worden gesproken. Lettende op de ondernemersvrijheid merk ik op dat het nadeel van Coutts zelf hoog is. Die heeft in 2002 bijvoorbeeld circa € 700.000,- ter beschikking gesteld aan CED. Daarbij komt de stagnatie in het reorganisatieplan als gevolg van de procedure over de verkoop van het bedrijfspand.

Daar staat tegenover dat CED in 2002 (i) een fors verlies had geleden, (ii) de uitvoering van de voorgenomen reorganisatie stagneerde, (iii) de branche waarin CED werkzaam was, in moeilijke tijden verkeerde en (iv) CED zonder de hulp van Coutts niet op eigen benen kon staan. Bovendien is het nadeel substantieel te noemen – de hoogte van de vorderingen bedraagt circa 1,25 mln. euro – hoewel hierbij moet worden aangetekend dat dit nadeel niet (alleen) is veroorzaakt door het gedrag van Coutts, maar ook door andere, externe oorzaken.

Dit is typisch een geval waarmee men beide kanten op kan. Aan de ene kant lijdt Coutts zelf veel nadeel door zijn optreden en lijkt deze de boel te hebben willen redden, maar aan de andere kant leidt zijn gedrag niet tot een verbetering van de positie van schuldeisers en is het de vraag of de situatie eigenlijk niet uitzichtloos was. Ik zou menen dat Coutts in dit geval geen verwijt valt te maken, oftewel een beroep kan doen op zijn ondernemersvrijheid. Door zelf geld in het bedrijf te steken bereikte hij dat de handelscrediteuren in 2002 nagenoeg geheel zijn betaald en dat verplichtingen jegens de handelscrediteuren tot maart 2003 zijn nagekomen. Bovendien werd met een reorganisatie getracht CED weer financieel gezond te maken. De genomen maatregelen (ontslaan personeel, verkoop te ruime pand) komen mij daarbij voor als reëel en zinvol. Achteraf gezien was het misschien beter geweest als Coutts eerder het eigen faillissement had aangevraagd, maar dat is oordelen met de wijsheid achteraf. Ik acht het dan ook gerechtvaardigd dat Coutts nog mogelijkheden zag om CED van de ondergang te redden.

Als men Coutts toch aansprakelijk zou willen houden, is deze dan aansprakelijk voor al het nadeel dat is ontstaan? Een belangrijke omstandigheid is dat het niet valt te zeggen door welke gedraging of gebeurtenis het nadeel precies is ontstaan. Zo kan dit te wijten zijn aan de stagnatie van het reorganisatieplan die is ontstaan als gevolg van de procedure over de verkoop van het bedrijfspand. In de uitspraak valt te lezen dat die verkoop aanzienlijk minder opbracht dan verwacht en nodig was om de door Coutts aan CED verstrekte leningen terug te betalen. Verder beëindigde de bank in januari 2002 de kredietrelatie door betaling van alle schulden van CED te verlangen, en maakte de branche waarin CED opereerde zorgelijke tijden door. Ook deze omstandigheden hebben waarschijnlijk bijgedragen aan het ontstaan van het nadeel.

Tegenover deze externe omstandigheden staat dat Coutts op geld in CED bleef 'pompen'. De kans is klein dat een bankier financiering verstrekt aan een onderneming als CED met een zwaar negatief eigen vermogen. Daarbij komt dat Coutts aan CED niet heeft laten weten dat haar financieringsbereidheid aan een maximum was gebonden.<sup>23</sup> Daarom is CED gedurende de reorganisatie – gesteund door Coutts – doorge-

23 Zie de uitspraak.

gaan met het aangaan van financiële verplichtingen jegens derden, zonder daarbij beperkingen in acht te nemen; de houding van Coutts gaf daartoe geen aanleiding. De conclusie is dan ook dat het nadeel weliswaar is ontstaan door een samenloop van factoren, maar dat een van die factoren het financieringsbeleid van Coutts is. Die voorzag een ongezonder bedrijf van geld, terwijl dit bedrijf werkte met een oplopend negatief eigen en vermogen en opereerde in een branche waar het niet goed mee ging. Het ligt gezien het voorgaande wél voor de hand om de aansprakelijkheid van Coutts te beperken (matigen).

#### *Verschillen*

De gezichtspunten die van belang zijn om met het alternatieve instrument de (on)geoorloofdheid te beoordelen, komen overeen met die in het geldend recht bestaan. In beide gevallen speelt mee in hoeverre het gedrag heeft geleid tot nadeel, of het ‘eigen’ voordeel heeft meegebracht en, daarmee verband houdende, de mate waarin Coutts de vrijheid had om CED te redden. Deze bevinding is in overeenstemming met mijn eerdere voorspelling; dat de criteria van andere instrumenten waarmee ook situaties worden beoordeeld waar benadeling van schuldeisers plaatsvindt, in de kern overeenkomen met die van het alternatieve instrument en daar kunnen worden ingepast.<sup>24</sup> Deze conclusie geldt voor zowel de gezichtspunten om de (on)geoorloofdheid te beoordelen als voor de rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van de criteria, die in de twee situaties ook overeenkomen.

## **8 Selectieve betaling**

Het meest recente voorbeeld van een selectieve betaling dat ik ben tegengekomen gebruikmakende van de zoektermen ‘selectieve betaling’ en ‘faillissement’, is een uitspraak van 17 mei 2005 van Hof ’s-Hertogenbosch.<sup>25</sup> Daarin was het volgende aan de orde:

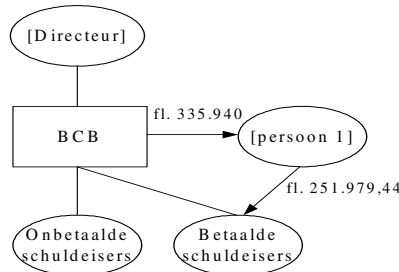
#### *Feiten*

- [Directeur] was in 1995 directeur-eigenaar van een bouwconcern, waarvan onderdeel uitmaakte onder meer BCB.
- In het voorjaar van 1995 kwam BCB financieel in zwaar weer terecht en dreigden crediteuren met beslag en/of faillissement. BCB had enige bouwwerkzaamheden in Duitsland onderhanden waaruit nog inkomsten te verwachten waren. Er werd geprobeerd BCB te redden via een buitengerechtigd krediteurenakkoord.
- Uiteindelijk is er door een debiteur uit Duitsland DM 300.000 (f 335.940,--) betaald aan BCB. BCB heeft dit bedrag doorbetaald op de bankrekening van [persoon 1], alwaar dit bedrag met valutatatum 26 juli 1995 werd gecrediteerd. [Persoon 1] had geen vordering op BCB. Per gelijke valutatatum is de bankrekening van [persoon 1] gedebiteerd ten gunste van diverse schuldeisers van BCB, voor een totaalbedrag van f 251.979,44. Uiteindelijk zijn – op enig moment na 26 juli 1995 – ook nog andere crediteuren van BCB betaald, zodat van het binnengekomen bedrag bij [persoon 1] nog f 9.033,34 overbleef.

---

<sup>24</sup> Hoofdstuk 8, paragraaf 6. Zie ook hoofdstuk 7, paragraaf 2.

<sup>25</sup> Hof ’s-Hertogenbosch 17 mei 2005, LJN: AT9902, C200301503.



- Volgens de adviserende advocaten zou een drietal crediteuren niet aan het crediteurenakkoord mee willen te werken. Daarom is vervolgens op 25 juli 1995 ten behoeve van BCB voorlopige surseance aangevraagd. Deze werd verleend op 26 juli 1995. Op 18 augustus 1995 werd BCB, onder intrekking van de surseance, in staat van faillissement verklaard.
- De curator heeft de directeur-eigenaar gedagvaard en betaling gevorderd van f 335.940,- met rente en kosten. De rechtbank heeft deze veroordeeld dit bedrag aan de curator te betalen, omdat hij er aan meegewerkt heeft dat een betaling die aan BCB toekwam, buiten de boedel bleef, ten-einde deze te doen toekomen aan geselecteerde crediteuren. Dit is naar het oordeel van de rechtbank onrechtmatig jegens de overige crediteuren van BCB, die naar de directeur-eigenaar geweten moeten hebben zeer kort na die betaling door het aanvragen van de surseance van betaling benadeeld te zouden worden. (Opgemerkt dient te worden dat het de rechtbank, op het moment van het uitspreken van dit tussenvonnis (anders dan ten tijde van het eindvonnis), nog niet duidelijk was of het bedrag van f 335.940,- dat was betaald op de rekening van [persoon 1] afkomstig was van BCB of van een debiteur van BCB).

#### *Geldend recht*

Kan de directeur van BCB worden aangesproken omdat laatstgenoemde selectieve betalingen heeft toegestaan of in de hand heeft gewerkt? Het hof is in dit geval van oordeel dat

'BCB, door (via [geïntimeerde sub 1]) selectief te betalen aan crediteuren die geen weet hadden van de financiële moeilijkheden [...] niet onzorgvuldig is geweest jegens de overige crediteuren. Op geen enkele wijze zat hierbij immers het doel voor, om sommige crediteuren vanwege hun eigen belang te bevoordelen boven andere crediteuren, noch is gesteld of gebleken dat BCB bij de betaling van deze crediteuren een ander belang had [...] of dat een van deze crediteuren op enigerlei wijze zeggenschap hadden binnen BCB. De bevoordeling - die wel plaats had - geschiedde omdat daarmee werd getracht het bedrijf te redden en zo ook het algemeen belang van alle crediteuren beter te dienen. Indien immers een buitengerechtelijk crediteurenakkoord tot stand was gekomen, of indien alsnog een grote bate aan BCB was toegevloeid, zoals de bedoeling was, hadden de overige crediteuren daarvan kunnen profiteren. Dat de selectieve betalingen uiteindelijk niet tot een crediteurenakkoord hebben geleid en dat evenmin hierdoor extra geldbedragen bij BCB zijn binnengekomen, zoals de curator in zijn brief van 26 mei 2003 aan mr. Geuze schrijft, doet aan de uit bedrijfseconomisch perspectief bezien goede bedoelingen die bij deze betalingen voorzaten niets af.

De betalingen worden dan ook niet als onrechtmatig beschouwd.

#### *Alternatief instrument*

Aan het vereiste nadeel is voldaan. Zonder de betalingen hadden andere schuldeisers in faillissement zich op meer vermogen kunnen verhalen dan met de betalingen. Verder staat vast dat BCB ten tijde van de betalingen in financiële problemen verkeerde: in het



voorjaar van 1995 kwam BCB financieel in zwaar weer terecht, dreigden schuldeisers met beslag en/of faillissement, terwijl ten tijde van de betalingen surseance van betaling is aangevraagd.

De aangesproken partij is de directeur-eigenaar (bestuurder). Deze heeft vanzelfsprekend (mede)bepalende invloed. Daarom moet worden bekeken of de betalingen gebruikelijk zijn geweest. Mede gezien de omstandigheid dat de transacties niet tot ‘eigen’ voordeel strekten, is mijn indruk dat er werd getracht de onderneming te redden. Het crediteurenakkoord dat werd voorbereid en de adviseurs die daarbij werden ingeschakeld wijzen hierop. In de uitspraak valt voorts te lezen dat de betaalde schuldeisers zijn

‘geselecteerd op de criteria dat zij hetzij kleine crediteuren waren omtrent wie niet het risico moest worden genomen dat zij – met hun kleine vordering – het in voorbereiding zijnde buitengerechtelijke crediteurenakkoord zouden doorkruisen dan wel dat zij onrust in het bedrijf zouden zaaien, hetzij zij crediteuren waren die bezig waren met onderhanden werkzaamheden in opdracht van BCB, waarvan de voortgang niet door een onbetaalde crediteur verstoord moest worden, omdat dit onderhanden werk voor BCB inkomsten zou (kunnen) opleveren’.

Dit komt aannemelijk voor, nu niet is gebleken dat BCB gelieerde schuldeisers heeft betaald. Dat het crediteurenakkoord uiteindelijk is mislukt, neemt – achteraf bezien – niet de vrijheid weg om te proberen de boel te redden.

Die vrijheid, waar een relatief zwaar gewicht aan mag worden gehecht, rechtvaardigt in mijn ogen de omvang van het nadeel. Tot slot is het wegdenken van (de mogelijkheid van) een faillissement niet aan de orde, want betalingen hebben plaatsgevonden met het oog op het redden van een financieel ongezonde onderneming.

Mijn conclusie is dat de betalingen gebruikelijk zijn en daarmee ook geoorloofd. Dit zou anders zijn indien aan gelieerde schuldeisers was betaald of als de poging om de onderneming te redden evident niet reëel of haalbaar was.

#### *Verschillen*

Net als bij de vorige casus komen de criteria van het geldende recht overeen met die van het alternatieve instrument. In beide gevallen wordt er gelet op de mate waarin de transacties tot ‘eigen’ voordeel hebben gestrekt en, daarmee samenhangend, de mate waarin een beroep kan worden gedaan op de ondernemersvrijheid. Ook die kunnen, opnieuw zoals voorspeld, in het alternatieve instrument worden ondergebracht.<sup>26</sup>

## **9 Kennelijk onbehoorlijk bestuur**

Hierna volgt een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 9 februari 2005.<sup>27</sup> Deze is gevonden aan de hand van de zoektermen ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ en ‘faillissement’.

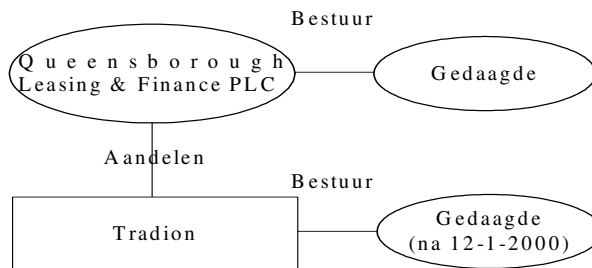
---

<sup>26</sup> Hoofdstuk 8, paragraaf 6. Zie ook hoofdstuk 7, paragraaf 2.

<sup>27</sup> Rb. Arnhem 9 februari 2005, LJN: AS8348, 93842.

*Feiten*

- Op 20 september 2001 heeft de rechtbank Zutphen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Tradion in staat van faillissement verklaard. Het tegen dit vonnis gedane verzet is afgewezen bij vonnis van 1 november 2001 van de rechtbank Zutphen. Het gerechtshof Arnhem heeft bij arrest van 29 november 2001 dat vonnis bekrachtigd.
- Queensborough Leasing & Finance PLC, met als bestuurder [gedaagde], hield sedert 13 oktober 1999 de meerderheid van de aandelen in Tradion. [Betrokkene 1] stond tot 12 januari 2000 in het Handelsregister ingeschreven als (enig) bestuurder van Tradion. Per 12 januari 2000 is [betrokkene 1] uitgeschreven en [gedaagde] ingeschreven als (enig) bestuurder van Tradion. Voordien stond [gedaagde] in het Handelsregister reeds als gevolmachtigde geregistreerd.



- Tradion ontplooië activiteiten als investeringsmaatschappij. In dat kader heeft zij gelden geleend van derden tegen gegarandeerde rendementen van 20 tot 50% per jaar. Tot die derden behoorden de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid Verzekerd Keur BV en VK Finance BV (hierna samen aangeduid als: VK). Ook deze vennootschappen zijn inmiddels failliet. De vordering van VK op Tradion beliep op de faillissementsdatum f 45.706.005,28.
- [Gedaagde] heeft de curator niet medegedeeld waar de geïnvesteerde gelden zich bevinden en dat kan ook niet worden afgeleid uit de administratie van Tradion. Die administratie is op of omstreeks 12 mei 2000 door Justitie in beslag genomen in het kader van een strafrechtelijk onderzoek, waarin onder anderen [gedaagde] als verdachte wordt beschouwd. Bij de stukken bevindt zich een proces-verbaal van 26 pagina's, aangeduid als het Hoofdproces-verbaal Trinco onderzoek (hierna: het proces-verbaal).
- Tradion heeft haar jaarrekening 1998 gepubliceerd op 29 februari 2000. De jaarrekeningen 1999 en 2000 zijn niet gepubliceerd.

*Geldend recht*

De curator vordert € 24.754.496,34 van gedaagde op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW. Nu de jaarrekeningen niet zijn gepubliceerd, heeft naar geldend recht het bestuur zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.<sup>28</sup>

[Gedaagde] voert hiertegen aan dat het faillissement is veroorzaakt door de slechte financiële situatie bij de investeerders (VK). De curator stelt dat

'zeer aanzienlijke bedragen niet zijn belegd – waartoe die bedragen door derden als VK ter beschikking waren gesteld – maar zijn gebruikt om schulden van Queensborough Leasing & Finance PLC af te lossen (f 4,4 miljoen) dan wel zijn overgemaakt naar [gedaagde] (f 2,- miljoen), ten behoeve van [gedaagde] (f 2,5 miljoen) en naar familieleden van [gedaagde] (f 1,8 miljoen)'.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Artikel 2:248 lid 2 BW.

<sup>29</sup> Zie de uitspraak.

In de uitspraak valt verder te lezen:

‘[h]et proces-verbaal bevat [...] het voorbeeld van de leninggevers Dimartino en Taylor, die naar de rechtbank uit het proces verbaal begrijpt respectievelijk \$ 100.000,— en \$ 750.000,— aan Tradion ter beschikking stelden, waarvan een groot gedeelte naar de bankrekening van [gedaagde] in India is gevloeid’.

Voorts valt te lezen dat [gedaagde] het brein was achter de beleggingen door Tradion en door Tradion aan derden gegarandeerde rendementen, dat hij de contacten in de financiële wereld had en dat hij ervoor zorgde dat er derden waren die leningen verstrekten. Verder was hij niet gebonden aan enige instructiebevoegdheid van het bestuur en hoefde intern over zijn beleid geen verantwoording af te leggen, stond hij per 12 januari 2000 als bestuurder ingeschreven in het Handelsregister, en stelt hij niet dat hij daarvan niet op de hoogte was danwel dat hij, daarvan op de hoogte zijnde, iets heeft ondernomen om die inschrijving ongedaan te maken. In dit kader is ook van belang dat Queensborough Leasing & Finance PLC sinds 13 oktober 1999, met als bestuurder [gedaagde], die meerderheidsaandeelhouder in Tradion was, waardoor zij bevoegd was en dus in de gelegenheid was de bestuurder van Tradion te benoemen.

Daarbij komt dat volgens het verzoekschrift ex artikel 8 Fw van Tradion van oktober 2001 [gedaagde] op dat moment directeur was. Dit verzoekschrift van Tradion is in opdracht en voor rekening van [gedaagde] opgesteld. Bovendien heeft [gedaagde] zich na faillissementsdatum tegenover de curator gepresenteerd als bestuurder. Tot slot valt in het proces-verbaal van strafrechtelijk onderzoek te lezen dat ‘[u]it het onderzoek is gebleken dat de feitelijke leiding over de activiteiten van Tradion Investments BV [...], berustte bij verdachte [gedaagde]’, en zou het proces-verbaal nog veel meer aanwijzingen voor de centrale leidinggevende rol van [gedaagde] in Tradion bevatten.

Op basis van deze feiten veroordeelt de rechtbank [gedaagde] tot het vergoeden van de gevorderde schade en wijst zij een beroep op matiging af.

#### *Alternatief instrument*

Er is aanzienlijk nadeel voor de schuldeisers in het faillissement (de curator vordert al € 24.754.496,34). Daarom dient te worden bekeken of de financiële problemen het gevolg zijn van het gedrag van de gedaagde danwel hierdoor zijn vergroot. Dit lijkt waarschijnlijk, nu er bedragen niet zijn belegd en zijn ‘weggesluisd’ naar bankrekeningen van [gedaagde] in India.

Voorts kan [gedaagde] worden gezien als een persoon met (mede)bepalende invloed. Dit betekent dat de ongebruikelijkheid wordt vermoed en dat dient te worden onderzocht of de gedragingen die [gedaagde] heeft verricht, het vermoeden kunnen ontzenuwen.

Het valt op dat er bedragen niet zijn belegd en zijn ‘weggesluisd’ naar bankrekeningen van [gedaagde] in India. De transacties hebben dan ook evident tot ‘eigen’ voordeel gestrekt en weinig van doen met de ondernemersvrijheid van een bestuurder. In dat kader valt voorts op dat de jaarrekeningen in 1999 en 2000 niet zijn gepubliceerd. Verder is het onwaarschijnlijk dat de oorzaak van het faillissement is gelegen in de slechte financiële situatie van de investeerders (VK). Deze hadden immers geen financiële verplichtingen jegens Tradion.

Omdat ook het nadeel zeer groot is te noemen, moet ongebruikelijkheid, en daarmee ook ongeoorloofdheid, worden aangenomen. Het wegdenken van de mogelijkheid van een faillissement maakt deze conclusie niet anders. Het is zeer waarschijnlijk dat het nadeel in belangrijke mate is ontstaan door de aanwending van de bedragen door en ten behoeve van [gedaagde], zijn bedrijf en zijn familieleden. Daarmee is het causaal verband tussen het gedrag van [gedaagde] en het ontstane nadeel gegeven. De vordering van de curator kan dan ook worden toegewezen.

#### *Verschillen*

De gezichtspunten die belangrijk zijn naar geldend recht, zijn dit ook onder het alternatieve instrument. In beide gevallen dient [gedaagde] zijn gedrag te verantwoorden. Dat dit niet lukt, komt omdat zijn gedrag tot ‘eigen’ voordeel strekt en weinig te maken heeft met de vrijheid die moet worden gegund aan ondernemers om risico’s te nemen. Dit gezichtspunt blijkt van doorslaggevend belang bij zowel het geldende recht als bij de toepassing van het alternatieve instrument. Deze casus laat dan ook zien dat criteria van andere, op de faillissementspauliana gelijkende instrumenten, kunnen worden ingepast in het alternatieve instrument; dat het tot een bundeling van gevaltypen kan komen.<sup>30</sup>

## **10 Verrekening vóór faillissement**

Het ING/Gunning q.q.-arrest is de meest recente uitspraak die ik met de zoektermen ‘verrekening’, ‘faillissement’ en ‘54’ aantrof.<sup>31</sup>

#### *Feiten*

- Tussen Elma Vastgoed Ede B.V. (hierna: Ede), Elma Vastgoed Veenendaal B.V. (hierna: Veenendaal) enerzijds en de bank anderzijds is op 15 september 1986 een compte joint-overeenkomst tot stand gekomen. Op grond van deze overeenkomst waren Ede en Veenendaal jegens de bank hoofdelijk aansprakelijk voor elkaars schulden aan de bank.
- Als zekerheid voor de verleende kredieten had de bank hypotheekrechten verkregen op de onroerende zaken uit de vastgoedportefeuille van Ede en Veenendaal. Op 14 juli 1992 heeft de bank de verleende kredieten opgezegd aan Ede en Veenendaal.
- Tussen partijen is vervolgens in der minne een aflossingsregeling tot stand gekomen die onder meer inhield dat de vastgoedportefeuille van Ede en Veenendaal zou worden vervreemd en de opbrengst daarvan in mindering zou komen op de schulden van Ede en Veenendaal aan de bank.
- Op 22 juni 1994 is de vastgoedportefeuille van Ede en Veenendaal verkocht.
- Op 14 juni 1994 respectievelijk op 26 juli 1994 zijn op rekeningnummer [001] ten name van Ede bedragen van f 43.865,35 en f 3.076.713,— bijgeschreven.
- Op 12 oktober 1994 heeft de bank de positieve en negatieve saldi van de verschillende rekeningen ten name van Ede en Veenendaal samengevoegd. Op 26 oktober 1994 is Ede in staat van faillissement verklaard, gevolgd door Veenendaal op 2 november 1994.

Voor de vergelijkbaarheid ga ik, deels in afwijking van de werkelijke feiten, er van uit dat de betalingen zijn gedaan door Ede en Veenendaal zelf, en dat de bank verrekent voordat Ede en Veenendaal failleren.

<sup>30</sup> Hoofdstuk 8, paragraaf 6. Zie ook hoofdstuk 7, paragraaf 2.

<sup>31</sup> HR 19 november 2004, NJ 2005, 199 (ING/Gunning q.q.).

*Geldend recht*

De vraag die dient te worden beantwoord, is of de bank het bijgeschreven bedrag mag verrekenen met de vordering die zij op Ede en Veenendaal had. Naar geldend recht is het (in het kader van artikel 54 Fw) onbelangrijk of er sprake is van benadeling van schuldeisers. Van belang is dat de bank afstand heeft gedaan van haar recht van hypotheek, het recht van voorrang en de positie van separatist die zij daaraan ontleende.<sup>32</sup>

Nu is afgesproken dat de schuld aan de bank wordt voldaan door storting op de bankrekening van de schuldenaren bij de bank, en de bank zich door creditering van die rekening tot debiteur maakt van de schuldenaar/gefaillieerde, is sprake van schuldoverneming in de zin van artikel 54 Fw. Deze heeft vóór het faillissement plaatsgevonden, zodat dient te worden bekeken of de bank ten tijde daarvan te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw; of de bank ten tijde van de schuldoverneming het faillissement redelijkerwijs kon verwachten.

De curator stelt over de goede trouw van de bank dat deze op grond van de langdurige en precaire (inmiddels beëindigde) kredietrelatie met Ede en een door de bank verricht boekenonderzoek wist dat het faillissement van Ede te verwachten was. Als de curator dit aannemelijk kan maken, is de bank inderdaad niet te goeder trouw en mag deze niet verrekenen.

*Alternatief instrument*

Is er in dit geval sprake van benadeling? Bepalend hiervoor is de vergelijking met en zonder de gedraging. Als de verrekening niet had plaatsgevonden, zouden ook de zekerheidsrechten hoogstwaarschijnlijk niet zijn geroyeerd. In dat geval had de bank in faillissement de goederen kunnen uitwinnen en zich bij voorrang op de opbrengst van de verhypothekerde goederen kunnen verhalen. Feitelijk bestaat er dan geen verschil met de situatie van de verkoop en kan van benadeling geen sprake zijn. In dat geval is de verrekening geoorloofd.

Stel dat er toch nadeel is, bijvoorbeeld omdat er geen zekerheidsrechten rustten op het onroerend goed. Aan het benadelingsvereiste is dan voldaan: zonder de verrekening voor faillissement was het nadeel niet ontstaan. Laat ik voorts veronderstellen dat Ede en Veenendaal ten tijde van of door de verrekening in financiële problemen waren respectievelijk raakten.<sup>33</sup>

De bank kan worden gezien als een persoon met een spilfunctie in het maatschappelijk verkeer die structureel (eigen) voordeel tot gevolg heeft. Dit brengt mee dat de ongeoorloofdheid wordt vermoed. Er moet dan worden onderzocht of de gedraging gebruikelijk is.

Er is in mijn ogen sprake van een substantiële omvang van het nadeel (circa fl. 47.000). Daarbij komt dat onroerend goed in de regel een substantieel onderdeel vormt van iemands vermogen. Dit rechtvaardigt de aanname dat de omvang van het nadeel substantieel is te noemen, hetgeen een belangrijk indicatie is voor ongeoorloofdheid. De gedachte achter het alternatieve instrument is immers om structurele voordeelsposities tegen te gaan bij personen die een maatschappelijke functie bekleden waardoor zo'n positie ontstaat.

---

<sup>32</sup> HR 19 november 2004, NJ 2005, 199 (ING/Gunning q.q.).

<sup>33</sup> Uit de uitspraak wordt de financiële toestand niet duidelijk. Een aanknopingspunt is mogelijk dat de bank op 14 juli 1992 de verleende kredieten heeft opgezegd.

Het wegdenken van (de mogelijkheid van) het faillissement leidt niet tot een andere conclusie. Weliswaar gaat het om een verplichte handeling en is het voor banken gebruikelijk om te verrekenen als een faillissement niet aan de orde is, maar dit kan de structurele voordeelpositie niet rechtvaardigen. Mijn conclusie is dan ook dat, uitgaande dat de verrekening nadeel veroorzaakt, deze als ongeoorloofd kan worden gekwalificeerd.

#### *Verschillen*

Naar geldend recht is benadeling van schuldeisers niet vereist. Onder het alternatief instrument wel. Nu in het besproken geval geen sprake is van benadeling, leidt dit ertoe dat de verrekening naar geldend recht kan worden aangetast, maar niet onder het alternatieve instrument.

Als onder het alternatieve instrument benadeling van schuldeisers wordt verondersteld, stuit ik op een tweede verschil tussen de beoordeling naar geldend recht en die volgens het alternatieve instrument. Naar geldend recht bestaat de kans dat de curator (subjectieve) wetenschap aan dient te tonen aan de hand van notities of (getuigen)verklaringen. Voor zover de curator wetenschap mag aantonen aan de hand van geobjectiveerde wetenschap, is niet duidelijk in hoeverre deze wetenschap mag worden geobjectiveerd of aan de hand van welke gezichtspunten de geobjectiveerde wetenschap kan worden geconcretiseerd. In die zin is het alternatieve instrument duidelijker door het aanreiken van gezichtspunten als de hoedanigheid en de gebruikelijkheid. Onder het alternatieve instrument gaat wetenschap wél op in andere, geobjectiveerde gezichtspunten. De curator kan de ongeoorloofdheid dan vaststellen aan de hand van gezichtspunten als de hoedanigheid van partijen en de gebruikelijkheid.

De verschillen bevestigen de conclusie dat de criteria die worden gebruikt om verrekeningen te beoordelen die vóór faillissement hebben plaatsgevonden, óók niet aansluiten bij een aantal belangrijke ontwikkelingen die sinds 1896 in het vermogensrecht hebben plaatsgevonden. Dit komt omdat het wetenschaps criterium vergelijkbaar is met het criterium wetenschap van benadeling bij de faillissementspauliana, waarvan ik eerder vaststelde dat het niet aansluit bij verschillende ontwikkelingslijnen die in deze studie het toetsingskader zijn.<sup>34</sup>

## **11 Verschillen oud en nieuw**

De meeste verschillen zijn te herleiden tot het gegeven dat de bestaande faillissementspauliana niet aansluit bij ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht en het alternatieve instrument wél. Het alternatieve instrument wijkt, anders gezegd, alleen af op die punten van de bestaande faillissementspauliana waar het niet aansluit bij ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht.

Het heeft dan ook weinig zin om de verschillen tussen de bestaande faillissementspauliana en deze ontwikkelingen opnieuw te behandelen. Dit zou neerkomen op een herhaling van *hoofdstuk 10* en het herhalen van de analyse die ik in *Deel I* uitvoerde. Ik volsta daarom met het verwijzen naar deze vindplaatsen.

Wél kan nog worden aangestipt dat het alternatieve instrument waarschijnlijk verder strekt dan het oplossen van alleen de theoretische bezwaren tegen de bestaande cri-

<sup>34</sup> Zie hoofdstuk 8, paragraaf 6.

teria en het bestaande rechtsgevolg. Het leidt er, in vergelijking met de bestaande faillissementspauliana, voorts toe dat het voor curatoren eenvoudiger wordt om gedragingen aan te tasten die benadelend zijn voor schuldeisers, mede ook omdat van wederpartijen meer en vaker wordt gevergd hun gedrag te verantwoorden. Dit draagt naar verwachting bij aan de effectiviteit van het alternatieve instrument ten opzichte van de bestaande faillissementspauliana, omdat tijd en kosten worden voorkomen. Daarmee zal ook de 'lege boedel'-problematiek – de curator kan geen actie ondernemen omdat de boedel daartoe te weinig middelen biedt – naar verwachting afnemen.

## 12      **Eerste indruk van mogelijk nieuwe kritiek**

De toepassing op concrete gevallen geeft een indruk van mogelijk nieuwe kritiek op het alternatieve instrument. Die indruk is per definitie oppervlakkig, omdat het gewoonweg onmogelijk is om 'even' de kritiek op het alternatieve instrument te schetsen. Daarvoor is diepgaander onderzoek noodzakelijk. Voor het toetsen van de werkbaarheid kan bijvoorbeeld het houden van een pilot uitkomst bieden, terwijl om de efficiëntie te bepalen een rechtseconomische analyse voor de hand ligt. Toch is het krijgen van een eerste indruk van mogelijk nieuwe kritiek belangrijk, met name om uit te kunnen sluiten dat het alternatieve instrument op het eerste gezicht al zoveel problemen genereert dat het geen goed idee is om de bestaande faillissementspauliana te vervangen door het alternatieve instrument.

Welke mogelijke kritiek genereert het alternatieve instrument? Wat opvalt is dat het ontwikkelde instrument zich kenmerkt door zijn geobjectiveerde gezichtspunten. Een eerste mogelijk kritiekpunt is dan ook dat van curatoren, rechters en andere betrokkenen mogelijk wordt verlangd dat zij ten opzichte van het geldende recht meer waarschijnlijkheidsoordelen dienen te geven. Dit geldt bijvoorbeeld voor de casus uit de paragrafen 5 en 6, in het bijzonder als daar wordt getoetst aan de gebruikelijkheid of als wordt bekeken of bepaalde personen een informatievoorsprong of een andere voordeelspositie (bijzondere hoedanigheid) hebben.

Psychologisch onderzoek toont aan dat mensen hierbij inschattingfouten maken.<sup>35</sup> Hierdoor kan het voorkomen dat bijvoorbeeld de ondernemersvrijheid niet op waarde wordt geschat (*hindsight bias*)<sup>36</sup>, of dat bij personen zonder subjectieve wetenschap toch ongeoorloofdheid wordt aangenomen. Ik heb cognitieve beperkingen als deze getracht tegen te gaan door een zo concreet mogelijke invulling te geven aan de verschillende gezichtspunten, bijvoorbeeld door op voorhand personen aan te duiden waarbij een zeker minimumniveau aan kennis of eigenschappen wordt verondersteld. Dit ondervangt een deel van de beperkingen, maar natuurlijk niet alle.

Moet de toepassing van het alternatieve instrument dan maar achterwege blijven? Wie dit meent, dient het geldende recht voor ogen te houden en bedenken dat geobjectiveerde normen uitkomst bieden bij de problemen die curatoren ondervinden als zij overleg of wetenschap van benadeling moeten aantonen indien er geen bewijsvermoe-den van toepassing is. Ik zou vanwege de kritiek op geobjectiveerde criteria het alternatieve instrument alleen daarom al niet willen verwerpen.

---

<sup>35</sup> Zie uitgebreider hoofdstuk 6, paragraaf 4.4.

<sup>36</sup> Zie ook hoofdstuk 8, paragraaf 3.7.

Een *tweede* mogelijk punt van kritiek kan zijn dat partijen meer rekening met elkaar dienen te houden dan onder de bestaande faillissementspauliana. Die ruime reikwijdte volgt uit de paragrafen 6–10, waar situaties worden besproken die thans niet onder de reikwijdte van de bestaande faillissementspauliana vallen, maar wél onder die van het alternatieve instrument.

Een voordeel van de ruime reikwijdte kan zijn dat het ontwikkelde alternatieve instrument criteria bundelt van verschillende bestaande instrumenten, die mogelijk zijn ontstaan om de tekortkomingen van de faillissementspauliana op te vullen. De bundeling voorkomt dat curatoren verschillende acties of vorderingen moeten instellen om – in wezen – dezelfde schade vergoed te krijgen.

Anderen zullen stellen dat de toepassing van zorgplichten, met als gevolg de bundeling van criteria, in strijd is met het autonomiebeginsel, dat in de regel wordt gedefinieerd als de mogelijkheid tot zelfbepaling.<sup>37</sup> Het valt te verwachten dat zij hierin een argument zien om de opkomst van zorgplichten, en daarmee het alternatieve instrument, te verwerpen of te bekritisieren. Er wordt bijvoorbeeld verdedigd dat partijen in commerciële verhoudingen meer voor zichzelf mogen opkomen dan daarbuiten.<sup>38</sup> Een andere opvatting is dat er ook buiten de commerciële verhoudingen te weinig nadruk wordt gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van de zwakkere partij (de consument).<sup>39</sup> Illustratief voor de kritiek zijn ook de reacties die zijn verschenen naar aanleiding van het Interimrapport over de fundamentele herziening van het procesrecht. De kritiek op dit rapport komt erop neer dat door een grotere verantwoordelijkheid van procespartijen te verlangen, deze te weinig voor zichzelf op zouden mogen komen.<sup>40</sup>

Snijdt deze kritiek hout? Het toetsen aan uitsluitend het autonomiebeginsel, levert weinig bruikbare conclusies op. Er zijn immers andere belangrijke beginselen – neem het gelijkheidsbeginsel – die inbreuk kunnen maken op het autonomiebeginsel. Daarbij komt dat het autonomiebeginsel een beginsel is en niet een absolute norm. Het mag dan ook niet zo zijn dat iedere afwijking van die norm als in strijd ermee wordt gezien. Een beginsel is immers veel minder absoluut en richtinggevend dan een norm; er kan eenvoudiger van worden afgeweken. Een beroep op een beginsel dwingt tot het formuleren van argumenten over waarom het handhaven van het beginsel beter is dan het afwijken ervan. Tot slot is het de vraag of het autonomiebeginsel leidend dient te zijn.

Al zou men uitsluitend aan het autonomiebeginsel willen toetsen, dan hangt het er ook maar net van af hoe het beginsel wordt uitgelegd. De één zal autonomie uitleggen als het principe dat iedereen volledig vrij is om te doen en te laten wat hij of zij wil. De ander zal menen dat het autonomiebeginsel tot doel heeft de zelfbepaling van de verschillende individuen, die tegengestelde wensen en opvattingen hebben, te reguleren. Er bestaat in het laatste geval niet langer een tegenstelling tussen autonomie en zorgplichten, maar zorgplichten zijn dan een middel om autonomie te bereiken. Het

37 Asser-Hartkamp 2005 (4-I), nr. 33 e.v., Vranken 2000, p. 147 en Nieskens-Isphording 1991, p. 28–29, allen met veel verdere (buitenlandse) verwijzingen. Zo ook Nieuwenhuis 1979, p. 63.

38 Bijvoorbeeld Tjittes 1997; Brunner 1992, p. 94–100.

39 Hartlief 2004, p. 108 e.v.

40 Bijvoorbeeld Ingelse 2004, p. 44–46; Snijders 2004, p. 14–18; Duk 2003, p. 65. Zie ook NVvR 2004, p. 90; Snijders 2003a, p. 1700.



kan immers zo zijn dat het rekening houden met belangen van anderen per saldo tot meer zelfbepaling leidt dan het ‘ieder voor zich’.<sup>41</sup>

Of autonomie nu als een beginsel of als een regel wordt gezien, en hoe men het ook operationaliseert, het zegt allemaal niets over hoe ver het rekening houden met belangen van anderen moet gaan of wanneer het rekening houden met andermans belangen beter is dan het voor zichzelf opkomen. Daar valt, wetenschappelijk gezien, ook weinig zinnigs over te zeggen. Modellen, empirische gegevens, of zelfs maar aanwijzingen over wat beter is, ontbreken op dit punt geheel en zullen er wellicht nooit komen. Het is dan ook in het geheel niet zeker of het voor zichzelf opkomen beter is dan aan te sluiten bij het zorgplichtbegrip, en omgekeerd: of het aansluiten bij het zorgplichtbegrip beter is dan het voor zichzelf opkomen. Rechtspolitieke opvattingen, hoe mooi ook verwoord, voegen aan deze onduidelijkheid niets toe.

Een *derde* mogelijk kritiekpunt ziet op de toepasbaarheid. Hoewel het mogelijk blijkt om het alternatieve instrument op verschillende feitenconstellaties toe te passen, is dit moeilijker voor het beoordelen van zekerheidsstellingen (door banken). Bij het oplossen van de casus moest ik ook een enkele keer (zie paragraaf 6) concluderen dat de uitspraak onvoldoende aanknopingspunten bood om zicht te krijgen op de vraag of de geseceureerde schuldeiser adequaat had gemonitord.

Mogelijke kritiek die daarmee samenhangt is dat het moeilijk is het gedrag van banken adequaat te beoordelen.<sup>42</sup> Eerder is al betoogd dat curatoren niet altijd onafhankelijk en deskundig zijn, en dat vooralsnog beoordelingsmaatstaven ontbreken om het gedrag van banken te beoordelen.<sup>43</sup> In hoeverre is deze mogelijk nieuwe kritiek terecht en waarschijnlijk?

Het gebrek aan onafhankelijkheid zou voortvloeien uit het feit dat de curator voor de betaling van zijn eigen honorarium afhankelijk kan zijn van de uitkomsten van die toetsing.<sup>44</sup> Dit gaat echter op voor iedere willekeurige vordering van de curator tegen iedere willekeurige partij. Eventuele zelfverrijking door curatoren is niet een probleem dat specifiek is voor situaties waarin banken worden aangesproken en mag geen sta-in-de-weg zijn om banken in faillissement te dwingen hun gedrag te rechtvaardigen.

Een ander mogelijk bezwaar dat ziet op mogelijke ontoepasbaarheid is dat de curator die in onderhandeling is over een boedelkrediet, niet snel geneigd zal zijn diezelfde bank aan te spreken voor schade die is ontstaan.<sup>45</sup> Daar staat tegenover dat een andere boedelfinancier kan worden gevonden of, indien de boedel onvoldoende middelen bevat om de bank aan te spreken, een garantstelling kan worden verkregen danwel samen met de fiscus of een andere schuldeiser kan worden geprocedeerd.

Voorts mag ook de veronderstelde ondeskundigheid geen obstakel vormen om banken te dwingen in faillissement hun eerder gemaakte keuzes inzichtelijk te maken. Voor zover de deskundigheid die nodig is om kredietbeleid van banken te beoordelen

---

41 Zo ook Knigge 2004, p. 166 en p. 167.

42 Deze mogelijke kritiek is door een bankjurist al gesignaleerd naar aanleiding van het voorstel van Van den Heuvel 2004 om van banken meer te verwachten dan onder het geldend recht het geval is. Zie Blomkwist 2004.

43 Blomkwist 2004, p. 345–346.

44 Blomkwist 2004, p. 345. Hetzelfde geldt mogelijk ook voor de door de curator ingehuurde deskundige, Blomkwist 2004, p. 345.

45 Van den Heuvel 2004, p. 172.

op dit moment bij curatoren ontbreekt, zie ik niet in waarom opleidingen en cursussen op dit gebied hier in de toekomst geen verandering in zouden kunnen brengen.

Hiermee hangt samen het bezwaar tegen de beoordelingscriteria. Het is weliswaar moeilijk om vuistregels op te stellen om het kredietbeleid van banken te beoordelen, maar de omstandigheid dat ze er thans niet zijn betekent niet dat ze er niet kunnen komen.<sup>46</sup> Banken gebruiken zelf criteria om de kredietwaardigheid te beoordelen, indicatoren of vuistregels kunnen (in het kader van co-regulering) worden bedacht en uit de in faillissement inzichtelijk gemaakte beslissingen kan men vuistregels distilleren. Bovendien is het thans al mogelijk om indicatoren op te stellen op basis waarvan de verantwoordelijkheid van banken kan worden getoetst. Een plotse zekerheidsstelling in het zicht van een faillissement lijkt mij een indicatie voor de conclusie dat de bank niet goed heeft opgelet (gemonitord). Had hij immers wél goed opgelet, dan had hij tijdig gezien dat er meer vermogensbestanddelen waren om zekerheidsrechten op te vestigen.

Verder geldt dat onder het alternatieve instrument van sterk geseceerde schuldeisers zoals banken wordt verwacht dat zij inzicht geven in en worden beoordeeld op de keuzes die zij hebben gemaakt en de beslissingen die zij hebben genomen in de periode dat de schuldenaar/kredietnemer in financiële problemen verkeerde. Dat is naar geldend recht anders, zodat het niet verrast dat in reeds gewezen uitspraken waar sprake was van een zekerheidsstelling, een aantal noodzakelijke gegevens ontbraken.

Een *vierde* denkbaar nieuw kritiekpunt, dat zich in de onderzochte casus overigens niet wezenlijk manifesteert, is dat de uitkomst mogelijk meer afhankelijk is van de feiten in de concrete omstandigheden van het geval dan bij de toepassing van de bestaande faillissementspauliana.

Deze aanpak maakt het alternatieve instrument flexibel, maar het betekent ook dat als men een ander gewicht toekent aan een bepaald feit, dit de uitkomst kan beïnvloeden. Mogelijk is het alternatieve instrument hierdoor op onderdelen minder voorspelbaar dan de bestaande faillissementspauliana.

Het is echter de vraag of het alternatieve instrument als geheel uiteindelijk werkelijk onvoorspelbaarder is dan de bestaande faillissementspauliana. Op onderdelen lijkt het alternatieve instrument juist duidelijker en concreter dan de bestaande faillissementspauliana. Zo is geobjectiveerde wetenschap ingevuld aan de hand van meer concrete gezichtspunten, die ieder op hun beurt verder worden geconcretiseerd. Verder is getracht de voorspelbaarheid van de gezichtspunten te vergroten door er een hiërarchie in aan te brengen en door een stappenplan op te stellen.

Daarbij komt dat mogelijke onvoorspelbaarheid kan worden gezien als de prijs die men betaalt voor flexibiliteit. Die flexibiliteit gaat verloren bij duidelijke en heel voorspelbare normen. Tevens wordt dan de kans groter dat manipulatief gedrag ontstaat in de zin dat er constructies worden bedacht waarmee de (scherpe) norm kan worden omzeild. Mijn indruk is dan ook dat het wel meevalt met de nadelige gevolgen van de eventuele onvoorspelbaarheid van het alternatieve instrument.

Het is moeilijk om op grond van het bovenstaande de mogelijk nieuwe kritiek af te zetten tegen de kritiek op de bestaande faillissementspauliana. Men kan het alternatieve instrument op onderdelen onduidelijker vinden dan de bestaande faillissementspauliana, maar op andere punten lijkt het juist duidelijker en concreter te zijn. Verder kan men menen dat het alternatieve instrumentarium te ruim is; dat het beter om

46 Zie ook hoofdstuk 8, paragraaf 3.8.

meerdere rechtsfiguren te hebben die hetzelfde type gedrag tegengaan. Men kan er ook anders over denken en er geen problemen in zien. Het is dan ook moeilijk te zeggen of de mogelijk nieuwe kritiek op het alternatieve instrument heviger of juist minder is dan de kritiek op de bestaande faillissementspauliana. Mijn indruk is van niet, maar dat is een kwestie van waardering. In ieder geval kan niet op voorhand en zonder diepgaand onderzoek worden geconcludeerd dat het onverstandig is om de bestaande faillissementspauliana te vervangen door het alternatieve instrument.

## Conclusie Deel III

*Neemt het alternatieve instrument naar verwachting de theoretische bezwaren en 'andere problemen' weg (subvraag 9)?*

Het alternatieve instrument neemt in ieder geval de bestaande theoretische bezwaren weg (hoofdstuk 10). Dat verrast niet, nu de theoretische bezwaren te relateren zijn aan ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht en het alternatieve instrument is geconstrueerd aan de hand van diezelfde ontwikkelingen.

De verwachting is voorts dat een aantal 'andere problemen', dat wil zeggen problemen die niet te relateren zijn aan ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht, zullen blijven bestaan. Dit geldt bijvoorbeeld voor de problemen met en discussies en geschillen over waardebepalingen bij het vaststellen van de benadeling. Ook de onduidelijkheid die als gevolg van de contextuele benadering is ontstaan, lijkt moeilijk oplosbaar.

Andere onduidelijkheden, zo is de verwachting, zullen niet of slechts in beperkte mate terugkeren onder het alternatieve instrument. Zo wordt een criterium als wetenschap, dat bij de bestaande faillissementspauliana onduidelijkheid geeft, ingevuld aan de hand van meer concrete gezichtspunten, die ieder op hun beurt verder zijn geconcretiseerd. Hiermee is overigens niet gezegd dat het gedaan is met de onduidelijkheden of dat het alternatieve instrument volstrekt duidelijk is. Onduidelijkheid is nooit helemaal te voorkomen.

Het is moeilijk te voorspellen of het alternatieve instrument de problemen verhelpt die ontstaan als gevolg van de (veronderstelde) gebrekkige afstemming van vennootschapsrecht en faillissementsrecht. Dat heeft vooral te maken met de omstandigheid dat niet duidelijk is of er daadwerkelijk sprake is van die gebrekkige afstemming. Daar dient eerst nader onderzoek naar te worden gedaan. Als daaruit volgt dat er inderdaad sprake is van een gebrekkige afstemming tussen de twee rechtsgebieden, dan is de verwachting dat de flexibiliteit van het alternatieve instrument het mogelijk maakt om eerder door vennootschappelijke constructies te prikken dan met de bestaande faillissementspauliana.

*Hoe werkt het alternatieve instrument en welke mogelijk nieuwe kritiek roept het alternatieve instrument op (subvraag 10 en 11)?*

Het toepassen van het alternatieve instrument op concrete casus maakt het mogelijk eventuele nieuwe kritiek te inventariseren. Op het eerste gezicht blijkt die zich te beperken tot vier punten, te weten:

- Een verhoogde kans op inschattingfouten bij het geven van waarschijnlijkheidsoordelen vanwege een mogelijke toename van het aantal waarschijnlijkheidsoordelen.
- Moeilijkheden om de uitkomst te voorspellen omdat deze meer afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval dan bij de bestaande faillissementspauliana.
- Strijd met het autonomiebeginsel omdat partijen meer rekening met elkaar dienen te houden dan onder de bestaande faillissementspauliana.

- Mogelijke problemen bij de toepasbaarheid in gevallen waarin de vraag moet worden beantwoord of een gesecureerde schuldeiser adequaat heeft gemonitord.

Overigens kunnen de nodige kanttekeningen en nuanceringen worden geplaatst bij de mogelijk nieuwe kritiek. Zo (i) zijn waarschijnlijksoordelen aan de orde van de dag in het privaatrecht, (ii) staat tegenover problemen met de voorspelbaarheid dat het alternatieve instrument op onderdelen juist concreter is dan de bestaande faillissementspauliana, (iii) geldt voor de stelling dat het alternatieve instrument in strijd is met het autonomiebeginsel dat het er maar net van afhangt hoe men het autonomiebeginsel uitlegt of inkleurt, en (iv) moet nog maar worden gezien of het werkelijk moeilijk of zelfs onmogelijk is om te beoordelen of iemand adequaat heeft gemonitord.

Bovendien moet worden bedacht dat de kans groot is dat als niet wordt aangesloten bij de ontwikkelingslijnen, de bestaande theoretische bezwaren blijven. Het blijft dan aanmodderen met de faillissementspauliana. Hoewel het moeilijk is om te bepalen of het alternatieve instrument meer of minder kritiek genereert dan de bestaande faillissementspauliana, kan het alternatieve instrument in ieder geval niet zonder een nadere analyse (zoals in *Deel I*) worden afgewezen.

#### *Eindconclusie*

De uitdaging ligt in het 'finetunen' van het alternatieve instrument, dat een belangrijk deel van de bestaande bezwaren wegneemt. De vraag die in deze studie centraal staat, is dan ook bevestigend beantwoord: er kan op basis van ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht een alternatief instrument worden ontwikkeld dat een belangrijk deel van de bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana wegneemt. Dit neemt niet weg dat het denkbaar is dat het ontwikkelde instrument er anders had uitgezien als een ander toetsingskader was gebruikt, of dat het vanuit een andere invalshoek gezien niet behoort aan te sluiten bij het vermogensrecht en de ontwikkelingen die hierin hebben plaatsgevonden. Het is ook niet mijn bedoeling geweest om een allesomvattend oordeel te geven over de bestaande faillissementspauliana en een oplossing te bedenken die vanuit iedere invalshoek gezien optimaal is of die de wetgever zou moeten volgen.<sup>1</sup> Het geven van een allesomvattend oordeel kan gewoonweg niet, en de ideale oplossing bestaat niet.

De aanpak van een allesomvattend oordeel dient dan ook te worden onderscheiden van de beter controleerbare en meer beperkte insteek waar ik in deze studie voor heb gekozen: onderzoeken of de bestaande faillissementspauliana adequaat aansluit bij belangrijke ontwikkelingen in het vermogensrecht en onderzoeken waar het ontwikkelen van een instrument aan de hand van deze ontwikkelingslijnen toe leidt. Het onderzoek naar de faillissementspauliana dient dan ook niet op te houden. Ik daag daarom iedereen uit om de problematiek vanuit een andere invalshoek te benaderen, het alternatieve instrument verder te ontwikkelen, en om de toetsingsmaatstaf uit deze studie af te zetten tegen andere.

---

<sup>1</sup> Tenzij de wetgever het belangrijk vindt dat de faillissementspauliana aansluit bij belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht.

## Samenvatting

### Inleiding en verantwoording

De hypothese die is getoetst, is de veronderstelling dat een belangrijk deel van de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande faillissementspauliana zijn aangevoerd, hun oorzaak vinden in, en dus te relateren zijn aan, belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Deze hypothese dient als opstap naar de vraag die in deze studie centraal staat: *kan op basis van ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht een alternatief instrument worden ontwikkeld dat een belangrijk deel van de bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana wegneemt, en zo ja, welke mogelijk nieuwe kritiek genereert dit instrument?* Deze hoofdvraag is aan de hand van elf subvragen beantwoord.

### Deel I – Bezwaren

In de *inleiding* bij *Deel I* komt (empirisch) vast te staan dat problemen rond de faillissementspauliana in belangrijke mate te maken te hebben met het instrument zelf. Dat bewijsproblemen een belangrijke oorzaak zijn van de problemen rond de faillissementspauliana, rechtvaardigt de stap om de bestaande bezwaren tegen de faillissementspauliana te inventariseren en waar mogelijk op te lossen.

In *hoofdstuk 1* staat het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte (rechts)handeling centraal. Het maakt thans voor de beoordeling van de (on)geoorloofdheid veel uit of een (rechts)handeling als verplicht of onverplicht wordt gekwalificeerd. In het eerste geval dient de curator, wil de handeling ongeoorloofd zijn, overleg of wetenschap van de faillissementsaanvraag aan te tonen, terwijl deze bij een onverplichte handeling ‘slechts’ wetenschap van benadeling hoeft aan te tonen.

Dat het onderscheid rigide is, geeft aanleiding en ruimte om het onderscheid te omzeilen, dat wil zeggen om onverplichte handelingen verplicht te ‘maken’. Een dergelijke rigide toepassing sluit niet aan bij de beoordeling aan de hand van gezichtspuntencatalogi. Vanuit deze optiek dient het onderscheid niet regimebepalend te zijn, maar slechts een gezichtspunt bij het bepalen van de ongeoorloofdheid. Het zou, anders gezegd, in het ene geval meer betekenis moeten hebben dan in het andere geval.

Ook in de literatuur is gesignaleerd dat het onderscheid rigide is en daarmee ruimte geeft om het te manipuleren. In de praktijk manifesteert het bezwaar zich vooral bij artikel 20 ABV, waarmee zekerheidsstellingen na de kredietverlening tot verplichte (rechts)handelingen worden gemaakt. Daarnaast tracht men in de adviespraktijk met raamovereenkomsten, intentieverklaringen en algemene voorwaarden een rechtsbasis te creëren voor (latere) transacties, die als ze dan later worden verricht als verplicht dienen te worden gekwalificeerd.

In het empirisch onderzoek komen geen andere problemen met het onderscheid verplicht-onverplicht naar voren. Het is voor de betrokkenen naar eigen zeggen duidelijk wat onder het onderscheid dient te worden verstaan. Ook vinden zij het niet moeilijk om (in een concrete situatie) een handeling als verplicht of onverplicht te kwalificeren.

Toch ontstaan er relatief veel geschillen over de kwalificatie van een handeling als verplicht of onverplicht. De oorzaak van de conflicten is dat de wederpartij een andere perceptie heeft van de gebeurtenissen en er feitelijke vragen zijn waar men niet altijd uitkomt. Het valt niet precies vast te stellen waar de conflicten betrekking op hebben. De aard van de conflicten en discussies blijkt sterk afhankelijk van het type wederpartij (leek, huisadvocaat, specialist).

*Hoofdstuk 2* staat in het teken van het benadelingsvereiste. Daarin wordt geconcludeerd dat er vanuit de ontwikkelingslijnen gezien geen bezwaren tegen kunnen worden aangevoerd.

In de literatuur bestaat onduidelijkheid over de contextuele benadering van het benadelingsvereiste. Deze benadering houdt in dat de vraag naar de benadeling in samenhang moet worden gezien met andere criteria. Dit probleem speelt tevens in de praktijk, maar in beperkte mate. In de praktijk veroorzaken feitelijke vragen de grootste problemen. Deze zien vooral op de waardering van goederen, diensten en goodwill en brengen mee dat benadeling eenvoudig is te betwisten. Tot slot wil de vermogensvergelijking tussen de werkelijke situatie en de hypothetische situatie dat de (rechts)handeling niet had plaatsgevonden bij sommige curatoren nog wel eens problemen opleveren.

In *hoofdstuk 3* wordt het overlegcriterium van artikel 47 Fw getoetst aan de ontwikkeling van de objectivering van normen. Uit jurisprudentie volgt dat het overlegcriterium restrictief wordt uitgelegd en dat overleg slechts sporadisch wordt vastgesteld aan de hand van andere omstandigheden dan de daadwerkelijke intenties van partijen. De objectivering in het vermogensrecht heeft echter meegebracht dat intenties van partijen steeds meer naar de achtergrond zijn verdrongen, zodat de ongeoorloofdheid vooral wordt afgeleid uit de gedraging en niet of minder aan de hand van daadwerkelijke bedoelingen. De discrepantie tussen het bestaande overlegcriterium en de objectivering van normen resulteert erin dat het in de praktijk (heel) moeilijk blijkt om overleg vast te stellen. Ook in de literatuur is het beperkte toepassingsbereik van het overlegcriterium gesignaleerd en bekritiseerd. Dat laatste blijkt uit de voorstellen om het huidige artikel 47 Fw op te rekken.

De analyse van de wetenschapscriteria in *hoofdstuk 4* levert op dat, vanuit de ontwikkelingslijnen gezien, er zes bezwaren tegen kunnen worden aangevoerd. Het *eerste* is dat wetenschap aan de zijde van de schuldenaar niet relevant behoort te zijn om de (on)geoorloofdheid te beoordelen. In de literatuur is deze eis als bezwaarlijk aangeduid. Het bezwaar verwezenlijkt zich af en toe in de praktijk, in het bijzonder als de wederpartij de wetenschap aan de zijde van de schuldenaar betwist.

Het *tweede* bezwaar is dat bij de bestaande faillissementspauliana onvoldoende rekening wordt gehouden met informatievoorsprongen en (andere) voordeelposities. Met name artikel 47 Fw schiet op dit punt tekort. Ook bij gedragingen die plaatsvinden

terwijl het faillissement nog niet is aangevraagd, kan een wederpartij al een informatievoorsprong of (andere) voordeelpositie hebben. Onder het huidige artikel 47 Fw zijn dergelijke voorsprongen en posities nauwelijks relevant.

Ook voor artikel 42 Fw geldt dat voordeelposities eerder kunnen ontstaan dan het moment waarop er sprake is van financiële problemen bij de schuldenaar. De belangen van schuldeisers spelen ook in de fase daarvoor, namelijk wanneer voorrangsposities worden ingenomen terwijl de schuldenaar nog financieel gezond is.

Het bezwaar tegen de beperkte reikwijdte heeft zich in de literatuur geuit in voorstellen om (i) de criteria van artikel 47 Fw te vervangen door het goede-trouwscriterium van artikel 54 Fw en (ii) soepeler om te gaan met het wetenschaps criterium van artikel 42 Fw. In de praktijk speelt het bezwaar in zoverre, dat ervaren curatoren het bestaande instrumentarium te beperkt vinden. Overigens zijn de relatief onervaren curatoren op dit punt minder negatief.

Het *derde* bezwaar tegen de wetenschaps criteria is dat niet alleen bij een (rechts)handeling, maar ook bij (mede)bepalende invloed of een nalaten sprake kan zijn van ongeoorloofdheid. Dit bezwaar is overigens louter theoretisch van aard, omdat in deze tekortkoming gaandeweg is voorzien door de opkomst van gevaltypen als bestuurdersaansprakelijkheid en de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling. Het bezwaar heeft zich niet in de literatuur en de praktijk geopenbaard.

Het *vierde* bezwaar, dat niet in de literatuur aan de orde is gekomen, houdt verband met de gedachte dat zorgplichten dwingen tot het achteraf rechtvaardigen van gedragingen, hetgeen een bewijsvermoeden of bewijslastomkering tot gevolg kan hebben. Met name artikel 47 Fw dwingt niet tot het achteraf rechtvaardigen van gedragingen. Het is daar aan de curator om wetenschap te bewijzen. Het gevolg in de praktijk is dat bijna 40% van de curatoren meent dat wetenschap van de faillissementsaanvraag moeilijk is aan te tonen. Overigens hoeven wederpartijen ook bij het wetenschaps criterium van artikel 42 Fw slechts in beperkte mate een actieve houding aan te nemen, namelijk alleen als een bewijsvermoeden van toepassing is. Het blijkt voor curatoren dan ook moeilijk om wetenschap aan te tonen, ook omdat er nogal eens te weinig financiële middelen zijn om onderzoek te doen naar eventuele wetenschap (of overleg).

Het *vijfde*, daarmee samenhangende bezwaar, is dat de wetenschaps criteria buiten de bewijsvermoedens onvoldoende zijn geobjectiveerd. Voor het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw heeft objectiveren, gezien de beperkte reikwijdte, ook weinig zin. Voor het wetenschaps criterium van artikel 42 Fw wél, maar dat zou betekenen dat wetenschap opgaat in andere elementen of gezichtspunten. Er bestaat dan geen noodzaak meer om wetenschap expliciet als criterium te noemen. Dit is in het bijzonder niet noodzakelijk nu wetenschap niet altijd beslissend behóórt te zijn. Het lijkt dan ook zinvoller om een gezichtspuntencatalogus te ontwikkelen waarin het wetenschaps criterium opgaat in plaats van het expliciet als criterium te blijven noemen.

Het probleem, dat de wetenschaps criteria onvoldoende zijn geobjectiveerd, manifesteert zich in literatuur en praktijk. In de literatuur is getracht de Pauliana te concretiseren of herformuleren aan de hand van een aantal meer geobjectiveerde gezichtspunten. Voor de praktijk geldt dat de bewijsvermoedens uit artikel 43 Fw een vorm van objectivering zijn, maar deze worden gezien als het begin van een discussie, niet als het einde ervan. Ook dan gaan curatoren op zoek naar correspondentie, verklaringen van betrokkenen, notities e.d. Mede daarom is het aantonen van wetenschap als er geen



bewijsvermoeden van toepassing is, buitengewoon moeilijk. In de focusgroepen bleek dan ook dat wetenschap dan alleen dan wordt geobjectiveerd als de transactie zo ongebruikelijk is dat er evident sprake is van wetenschap.

Een zesde bezwaar tegen de wetenschapscriteria is dat deze niet altijd zijn bestand tegen constructies met vennootschappen. Dit bezwaar is mogelijk niet (alleen) te relateren aan ontwikkelingen in het vermogensrecht. In één focusgroep werd gesteld dat ook het vennootschapsrecht bijdraagt aan de kritiek, waarbij kan worden gedacht aan de flexibilisering en de (veronderstelde) gebrekkige afstemming op het insolventierecht. Dit aspect valt buiten deze studie en vergt nader onderzoek.

In *hoofdstuk 5* wordt het bestaande rechtsgevolg onder de loep genomen. Op een theoretisch niveau sluit de relatieve nietigheid (of vernietiging) van artikel 51 Fw niet aan bij de relativering (lees: het terugdringen) van nietig- en vernietigbaarheden en de daarmee gepaard gaande opkomst van aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden en het rechtsgevolg schadevergoeding.

Dit theoretische bezwaar manifesteert zich in de praktijk. Met enige regelmaat heft het bestaande rechtsgevolg het nadeel niet altijd op of leidt het tot onnodige restitutieverplichtingen, dat wil zeggen de curator dient het ontvangen goed eerst te verkopen waarna de opbrengst onder de schuldeisers wordt verdeeld.

Van deze punten van kritiek is de objectgerichtheid (het rechtsgevolg neemt het nadeel niet weg) ook in de literatuur signaleerd, hoewel het daar niet als bezwaar of probleem is aangeduid. In de praktijk prefereert men over het algemeen schadevergoeding boven restitutie.

De *conclusie* van *Deel I* geeft een overzicht van de (theoretische) bezwaren die te relateren zijn aan de ontwikkelingslijnen, en in hoeverre deze zich in literatuur en praktijk manifesteren. Uit het overzicht blijkt dat de literatuur geen volledig beeld geeft van de bezwaren, en dat veel van de bezwaren die daarin wél zijn signaleerd, te relateren zijn aan belangrijke ontwikkelingen in het vermogensrecht.

Theoretische bezwaren	In praktijk?	In literatuur?
Manipuleerbaarheid onderscheid verplicht-onverplicht (H1)	Ja	Ja
Onvoldoende aansluiting van het overlegcriterium bij de objectivering van normen (H3)	Ja	Ja
Wetenschap aan zijde schuldenaar behoort geen vereiste te zijn (H4)	Ja	Ja
Rekening houden met andermans belangen begint niet vanaf het moment dat deze in het geding komen (H4)	Ja	Ja
Alleen bij een (rechts)handeling kan sprake zijn van ongeoorloofdheid (H4)	Nee	Nee
Van wederpartijen wordt onvoldoende een actieve opstelling verwacht (H4)	Ja	Nee
Wetenschapscriteria sluiten onvoldoende aan bij objectivering van normen / behoren op te gaan in andere gezichtspunten (H4)	Ja	Deels
Nietig-/vernietigbaarheid (H5)	Ja	Nee

Verder bevat de conclusie een weergave van de ‘andere problemen’, dit wil zeggen de problemen die *niet* te relateren zijn aan een ontwikkelingslijn:

‘Andere problemen’	In literatuur of praktijk?
Waardebepalingen bij het vaststellen van benadeling (H2)	Nee
Contextuele benadering benadelingsvereiste (H2)	Ja
(Andere) Onduidelijkheden (H2-H4)	Ja
Wetenschapscriteria niet altijd bestand tegen vennootschappelijke constructies (H4)	Ja

De conclusie is dat de problemen die géén verband houden met de ontwikkelingslijnen de bezwaren die daar wél aan te relateren zijn niet overschaduwen. Dit komt mede omdat nooit meer dan 25% van de respondenten een criterium (heel) onduidelijk vindt en onduidelijkheden bovendien nooit helemaal te voorkomen zijn. De conclusie betekent dat de onderzochte hypothese juist is; dat een belangrijk deel van de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande faillissementspauliana zijn aangevoerd, hun oorzaak vinden in, en dus te relateren zijn aan, belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Dit rechtvaardigt de gedachte om de faillissementspauliana te reviseren.

## Deel II – Revisie

In *hoofdstuk 6* wordt duidelijk dat (i) het aantasten van gedragingen in beperkte mate leidt tot een substantiële stijging van de uitkeringspercentages van schuldeisers in het specifieke faillissement, (ii) het aannemelijk is dat schuldeisers – en de maatschappij in het algemeen – er een moreel of psychologisch belang bij hebben om bepaalde benadelende gedragingen tegen te gaan en (iii) dat er geen perspectieven zijn gevonden waaruit de onwenselijkheid blijkt van een instrument dat bepaalde benadelende gedragingen als ongeoorloofd kwalificeert. Op grond hiervan wordt verondersteld dat ‘iets’ moet zijn om bepaalde benadelende gedragingen aan te pakken die vóór een faillissement plaatsvinden, kortom, dat er een alternatief instrument dient te worden ontwikkeld (*paragraaf 2*).

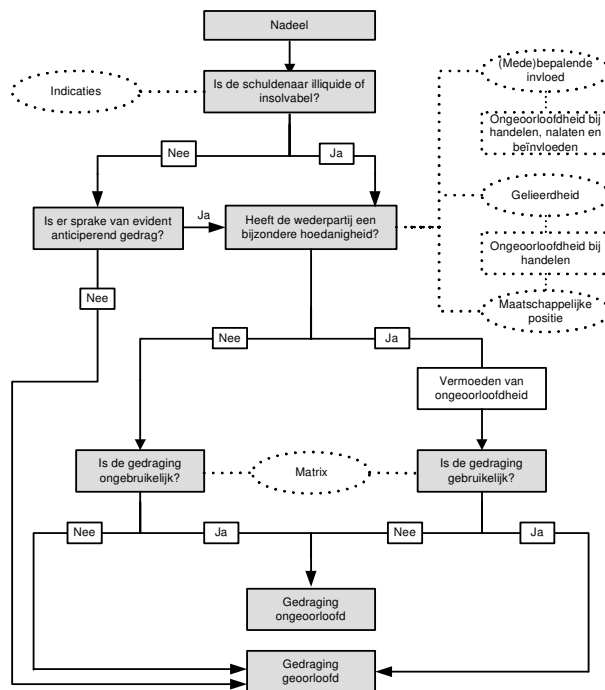
Dat alternatief dient, vanuit de ontwikkelingslijnen bezien, niet te worden ontleend aan voorstellen die al in de literatuur zijn gedaan (*paragraaf 3*). Die nemen slechts een deel van de in *Deel I* geschetste bezwaren weg, terwijl ze – opnieuw vanuit het toetsingskader bezien – op onderdelen ook nieuwe kritiek in het leven roepen. Wél is het denkbaar dat de bezwaren kunnen worden weggenomen indien meerdere criteria worden aangepast, maar dan is men feitelijk bezig met het ontwikkelen van een nieuw instrument. Om die reden wordt het bestaande instrumentarium weggedacht en opnieuw opgebouwd.

Bij het ontwikkelen van een nieuw, alternatief instrument worden eerst de hoofdlijnen geschetst waar het aan dient te voldoen (*paragraaf 4*). Deze kunnen worden ontleend aan de analyse van *Deel I*, waarin staat dat (i) wetenschap aan de zijde schuldenaar geen vereiste behoort te zijn, dat (ii) de beoordeling dient plaats te vinden aan de hand van geobjectiveerde gezichtspunten, dat (iii) van wederpartijen een actieve opstelling zou

moeten worden verwacht en dat (iv) niet alleen bij een (rechts)handeling, maar ook bij een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar sprake kan zijn van ongeoorloofdheid.

Omdat de hoofdlijnen te abstract zijn om er concrete gevallen mee op te kunnen lossen, behoeven ze een nadere concretisering of invulling. Daarom is in *hoofdstuk 7* op zoek gegaan naar gezichtspunten waarmee het alternatieve instrument nader zou kunnen worden geconstrueerd. Deze inventarisatie levert zeven gezichtspunten op die in verschillende landen worden gebruikt om de (on)geoorloofdheid te beoordelen. In willekeurige volgorde zijn dit de verdachte periode, de financiële toestand van de schuldenaar, intenties, wetenschap, de hoedanigheid van partijen, het onderscheid verplicht-onverplicht en de gebruikelijkheid (of normaliteit).

In *hoofdstuk 8* wordt onderzocht welke van de gevonden gezichtspunten aansluiten bij de eerder geschetste hoofdlijnen. Geschikt blijken de financiële toestand van de schuldenaar, de hoedanigheid van partijen, het onderscheid verplicht-onverplicht en de gebruikelijkheid (of normaliteit). Deze gezichtspunten worden verder geconcretiseerd, waarna het mogelijk blijkt om er een rangorde (of hiërarchie) in aan te brengen. Die komt tot uitdrukking in het volgende stappenplan:



De gebruikelijkheid valt uiteen in drie factoren. De mate waarin deze moeten worden meegewogen, is afhankelijk van de hoedanigheid van de wederpartij en dus niet in ie-

dere situatie gelijk. Deze differentiatie komt in de volgende matrix tot uitdrukking, waar ook in het stappenplan naar wordt verwezen.

<div> <div></div> <div>Hoedanigheid</div> </div> <div>Factoren gebruikelijkheid</div>	(Mede) bepalende invloed	Gelieerdheid	Maatschappelijke positie	Wederpartij zonder bijzondere hoedanigheid
Kans op gedraging bij wegedenken mogelijkheid faillissement - Aard van de gedraging - Verplicht-onverplicht	+	+	+	++
Omvang nadeel	++	++	++	+
Rechtvaardiging - 'Eigen' voordeel - Adequaar monitoren	+++	-	-	-

Daarbij geldt dat hoe meer plussen er bij een factor staan, hoe belangrijker die factor is ten opzichte van andere factoren. Een minteken betekent dat de betreffende factor niet bij de beoordeling dient te worden betrokken.

Voor gesecureerde kredietverschaffers (banken) geldt dat deze in faillissement laten zien of danwel hoe deze hebben gemonitord. Zij dienen inzicht te geven in de keuzen die zij hebben gemaakt en de redenen die daarvoor bestonden, waarmee zij hun zekerheidspositie (voorlopig) hebben rechtvaardigd. Op basis van de aangeleverde informatie kan de curator overwegen om de zekerheden te erkennen of te vorderen dat de kredietverschaffer zich slechts op een deel van de zekerheden mag beroepen.

De verschillende gezichtspunten kunnen nog worden aangescherpt in het kader van co-regulering; een proces waarin materiedeskundigen de door de wetgever gestelde normen nader concretiseren. Het concrete doel hiervan is:

- Het ontwikkelen van indicatoren voor het beoordelen van de liquiditeit en solvabiliteit.
- Het bedenken van richtlijnen of vuistregels om vast te stellen of een wederpartij een bijzondere hoedanigheid heeft. Concreet kan aan de orde komen wie (mede)bepalende invloed heeft, wie gelieerd is en welke personen een functie hebben in het maatschappelijk verkeer die hen structureel voordeel oplevert.
- Het desgewenst geven van een (verdere) invulling aan de (on)gebruikelijkheidstoets. Daaronder valt ook het bedenken van richtlijnen, vuistregels of iets dergelijks aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of gesecureerde schuldeisers adequaat hebben gemonitord.
- Meer duidelijkheid te creëren over de waardering van goederen en goodwill.

De toepassing van de ontwikkelde criteria heeft tot gevolg dat criteria van een aantal andere instrumenten overbodig worden. Dit geldt concreet voor criteria van rechtsfiguren als bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling, de doorbraak van aansprakelijkheid en de verrekening vóór faillissement. De criteria die bij die rechtsfiguren worden gebruikt om de (on)geoorloofdheid te beoordelen kunnen worden ingepast in het alternatieve instrument.

In *hoofdstuk 9* wordt vervolgens onderzocht wat de rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van de criteria dienen te zijn. Daarbij heeft als hoofdregel te gelden dat gedragingen zoveel mogelijk als geldig moeten worden beschouwd en dat het rechtsgevolg niet verder dient te reiken dan met het oog op het geschonden belang noodzakelijk is.

De hoofdregel, dat het nadeel moet worden opgeheven, sluit aan bij het terugdringen van nietig- en vernietigbaarheden, maar brengt mee dat de rechtsgevolgen niet eenduidig zijn. Meestal zal het rechtsgevolg schadevergoeding volstaan, maar het kan ook voorkomen dat, om het nadeel op te heffen, de wederpartij zaken moet overdragen of geen aanspraak mag maken op zijn zekerheidsstelling. Dit zal per geval moeten worden bezien, wat aansluit bij de wens van curatoren om te kunnen kiezen tussen restitutie en schadevergoeding.

### **Deel III – Verkenning en discussie**

In *hoofdstuk 10* wordt bekeken of het alternatieve instrument de theoretische bezwaren en de ‘andere problemen’ wegneemt. De verwachting is dat de theoretische bezwaren niet terugkeren bij de toepassing van het ontwikkelde alternatieve instrument.

Verder is de verwachting dat het alternatieve instrument ook een aantal ‘andere problemen’ vermindert of wegneemt, dit wil zeggen problemen die niet te relateren zijn aan belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Zo lijkt het alternatieve instrument op een aantal punten duidelijker dan de bestaande faillissementspauliana. Een voorbeeld is de geobjectiveerde wetenschap, welk gezichtspunt onder het alternatieve instrument meer is geconcretiseerd dan naar geldend recht.

Naar verwachting keert een aantal ‘andere problemen’ wél terug onder het alternatieve instrument. Dit geldt met name voor het probleem met de waardebepalingen en de contextuele benadering van het benadelingsvereiste.

In *hoofdstuk 11* wordt onderzocht hoe het alternatieve instrument werkt. Door het toe te passen op casus van vlees en bloed is het mogelijk een vergelijking te maken tussen de toepassing van de bestaande faillissementspauliana en het alternatieve instrument. De verkenning dient voorts om een eerste indruk te krijgen van mogelijk nieuwe kritiek.

Wat opvalt aan het alternatieve instrument, is dat het voor curatoren, in vergelijking met de bestaande faillissementspauliana, eenvoudiger is om gedragingen aan te tasten die benadelend zijn voor schuldeisers, mede ook omdat van wederpartijen meer en vaker wordt gevergd hun gedrag te verantwoorden. Dit draagt bij aan de effectiviteit van het alternatieve instrument ten opzichte van de bestaande faillissementspauliana, omdat tijd en kosten worden voorkomen, waarmee andere knelpunten zoals ‘lege boe-

del'-problematiek (de curator kan geen actie ondernemen omdat de boedel daartoe te weinig middelen biedt) naar verwachting zullen afnemen.

De toepassing op concrete gevallen geeft voorts een indruk van mogelijk nieuwe kritiek op het alternatieve instrument. Op het eerste gezicht blijkt die zich te beperken tot vier punten, te weten:

- Een verhoogde kans op inschattingfouten bij het geven van waarschijnlijkheidsoordelen vanwege een mogelijke toename van het aantal waarschijnlijkheidsoordelen.
- Moeilijkheden om de uitkomst te voorspellen omdat deze meer afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval dan bij de bestaande faillissementspauliana.
- Strijd met het autonomiebeginsel omdat partijen meer rekening met elkaar dienen te houden dan onder de bestaande faillissementspauliana.
- Mogelijke problemen bij de toepasbaarheid in gevallen waarin de vraag moet worden beantwoord of een gecureerde schuldeiser adequaat heeft gemonitord.

Bij deze mogelijke kritiekpunten kunnen en dienen de nodige kanttekeningen en nuanceringen te worden geplaatst. Bovendien staan tegenover deze mogelijk nieuwe kritiek ook voordelen. Zo is het alternatieve instrument flexibeler dan de bestaande faillissementspauliana. Belangrijk is ook voor ogen te houden dat het een belangrijk deel van de bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana wegneemt. Gezien deze voordelen en de beperkte mogelijk nieuwe kritiek, kan men op voorhand en zonder diepgaand onderzoek niet concluderen dat het onverstandig is om de bestaande faillissementspauliana te vervangen door het alternatieve instrument.

### **Eindconclusie**

De eindconclusie is dat de hypothese is bevestigd: een belangrijk deel van de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande faillissementspauliana zijn aangevoerd, vindt zijn oorzaak in, en zijn dus te relateren aan, belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Ook de centrale vraag kan bevestigend worden beantwoord: er kan op basis van ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht een alternatief instrument worden ontwikkeld dat een belangrijk deel van de bestaande bezwaren tegen de faillissementspauliana wegneemt. De verwachting is voorts dat het alternatieve instrument relatief weinig nieuwe kritiek genereert, in ieder geval onvoldoende om op voorhand te concluderen dat het geen goed idee is om de faillissementspauliana te laten aansluiten bij ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht.

Deze conclusie kan aanleiding zijn voor verder onderzoek. Daarin kan de problematiek vanuit een andere invalshoek worden benaderd, de nieuwe kritiek nader worden geanalyseerd en mogelijk ook worden opgelost. Daarmee kan het alternatieve instrument verder worden ontwikkeld. Wie pakt de handschoen op?



## Summary

### Introduction and methodology

In 1896, the rules on transaction avoidance in bankruptcy came into effect. Since then, important developments have taken place in Dutch private law. The criticism in Dutch literature on the transaction avoidance rules also grew. Therefore the basic hypothesis underlying this thesis is that the criticism is predominantly related to important developments in Dutch private law. This hypothesis leads us to the central point of research: *Is it possible to develop an alternative remedy on the basis of important developments in Dutch private law which deals with the current criticism, and if so, what possible new criticism does it generate?* To answer this question, existing literature is used to describe the important developments in Dutch private law and the Dutch rules on transaction avoidance. Moreover, this thesis is based on comparative and empirical research.

### Part I – Current criticism

To answer this question, it must first be determined (i) which objections against the current transaction avoidance rules can be based on the developments in Dutch private law and (ii) if these objections predominantly correspond with the criticism made in Dutch literature. Also (iii) it is researched which objections actually materialize in practice.

In the *introduction of Part I* it becomes clear that the current problems around transaction avoidance can for an important part be related to the rules themselves (and not with external factors like a lack of resources or funds). This justifies the approach to make an inventory of the current problems considering the transaction avoidance rules.

These rules can be summarized as follows. In case of a voluntary transaction (i.e. the debtor had no legal obligation for the transaction) the trustee has to prove that the transaction prejudiced creditors and that the counterparty at the time of the transaction knew or should have known that this was the consequence of his action (section 42 Bankruptcy Act). In some cases, mostly when insiders are involved or in the case of a transaction at an undervalue, the burden of proof is shifted from the debtor to the counterparty (section 43 and 45 Bankruptcy Act).

The second of the two grounds on which a transaction can be voided has been laid down in section 47 Bankruptcy Act. This states that an obligatory transaction can be seen as not permissible if (i) the counterparty, at the time of the transaction, had knowledge of the bankruptcy filing of the debtor or (ii) the debtor and his counterparty conspired to favour this creditor (collusion criterion). In the chapters 1–4 each of these criteria is examined.

*Chapter 1* concentrates on the distinction between voluntary and obligatory transactions. According to current law, the existence or absence of a legal obligation for the



transaction decides whether a transaction is voluntary or obligatory. This makes the distinction rigid. Too rigid, if one takes into account the appropriate catalogues of perspectives (lists of viewpoints; merging of law and fact). These catalogues outline the relevant and irrelevant facts, while at the same time they formulate the legal standards by which the relevant facts need to be considered. Seen from this angle, the distinction should be seen as a perspective (i.e. not relevant in every case) rather than as a 'hard' rule.

The empirical research that has been conducted shows that some creditors (particularly banks) 'evade' the distinction by making transactions obligatory at a time when the debtor has a solid financial position. The possibility to evade (or: manipulate) the distinction was also noted in the literature and can be seen as a consequence of the rigidity of the distinction.

*Chapter 2* concerns the rule that the transaction can only be voided if it has prejudiced creditors. In Dutch literature it is observed that the rule is rather vague. The question if a transaction prejudices creditors is not a purely mathematical one. The answer to the question whether a transaction is detrimental to creditors (also) depends on factors such as the probability of the transaction triggering other (positive or negative) events.

As the empirical research shows, the rule actually leads to some indistinctness, but the main problem consists in the determination of the value of assets. Apart from this, none of the problems can be seen as a consequence of the transaction avoidance rules not corresponding to important developments in private law.

In *Chapter 3*, the collusion criterion is researched. This criterion implies that an obligatory transaction is to be seen as not permissible if the debtor and his counterparty conspired to favour this creditor over other creditors.

Dutch Supreme Court case law shows that the collusion criterion focuses on the actual intentions of parties and (therefore) has to be interpreted restrictively. From case law also follows that the only situation in which the collusion criterion can be successfully invoked, is in the case that person X has influence in the counterparty as well as in the debtor. As a result of the current explanation, it is very difficult for trustees to void a transaction with the collusion criterion. For that reason the criterion is criticised in Dutch literature. This can be concluded from proposals to enlarge the scope of the collusion criterion. The empirical research shows the same type of problems.

The actual intentions of the parties to a contract have proved to be a rather poor basis for judging the permissibility of the transaction. Criticism on using this as a basis can be related to the development of the objectification of norms. This development has led to less and less case law in which the actual intentions serve as such a basis and to an increase in case law in which the intentions are derived from circumstances and events.

*Chapter 4* argues that, from the perspective of important developments in Dutch private law, six objections can be raised against the "knowledge-based" criteria of sections 42 and 47 of the Bankruptcy Act. *First*, the debtor's knowledge should not be relevant for qualifying a transaction as permissible or not permissible. In practice, the rule that also the debtor must have had knowledge of prejudicing creditors leads to (unwanted)

situations in which counterparties contest the debtor's knowledge, while the debtor often agrees with the counterparty.

The *second* objection is that the current rules on transaction avoidance take information asymmetry and (other) types of impermissible exercise of power inadequately into account. This especially applies to section 47 Bankruptcy Act, as counterparties can anticipate on bankruptcy at a point in time long before it is filed.

The objections, however, also concern section 42 Bankruptcy Act, where information asymmetry also can lead to certain advantages before the debtor's financial position becomes less solid. Creditors' interests are also relevant before this moment, viz. when counterparties utilize their information position while the debtor is in a financially solid position.

In Dutch literature, some authors proposed to replace the criteria of section 47 Bankruptcy Act with the 'good faith' criterion of section 54 Bankruptcy Act, meaning that obligatory transactions are not permissible if the counterparty knew or should have known that the transaction would prejudice creditors. Also, a more flexible interpretation of the knowledge based criterion of section 42 Bankruptcy Act proposed was. These proposals can be seen as a result of the knowledge criteria take information asymmetry and (other) types of power into account inadequately.

The empirical research shows that (experienced) trustees see the current rules on transaction avoidance as (too) limited and that this is related to information asymmetry and (other) types of power. This supports the thought that the objections also materialize in practice.

The *third* objection to the current knowledge-based criteria concerns the fact that they currently only refer to legal actions (transactions) and not to omissions or inappropriate influence on the debtor. For that matter, this objection is merely theoretical. The development of other forms of liability, such as wrongful trading and tort actions, filled the gap that the current rules on transaction avoidance have left. This theoretical objection was not made in Dutch literature and has no practical implications other than that a trustee has to use different types of claims to get compensation for the loss creditors suffered.

The *fourth* objection relates to the thought that duties of care force (counter)parties to justify their actions through presumptions or shifts of the burden of proof. Especially section 47 Bankruptcy Act does not correspond to this thought, where the burden of proof fully rests on the trustee. According to the empirical research that has been conducted, almost 40% of the trustees claim that it is (very) hard to prove knowledge of the bankruptcy filing, which can be seen as a consequence of the lack of forcing (counter)parties to justify their actions. The empirical research also shows that in cases in which section 42 Bankruptcy Act applies, it is hard for trustees to prove knowledge of the counterparty, also because there are often too little funds to investigate if the counterparty had the required amount of knowledge.

The *fifth* objection is that the (knowledge-based) criteria are not sufficiently objectified. Instead of adopting a sort of 'reasonable man-test' where knowledge is deduced from events and circumstances, in practice knowledge is often proven on the basis of notes or statements of the relevant persons involved. Furthermore, knowledge should not always be decisive for determining the validity of the transaction. Therefore the

knowledge-based criteria should be replaced by (other) objectified criteria. In Dutch literature, attempts have been made to do this.

The *sixth* objection is that constructions with legal entities complicate the use of the current knowledge criteria. The empirical research shows that this objection is not only to be related to developments in private law, but probably also to company law, more specifically to legislative plans to make the establishment and use of companies more flexible. This aspect needs further research.

*Chapter 5* concerns the objections to the current legal effects of a successful application of the criteria. The current law states in section 51 Bankruptcy Act that the goal should be to restore the old situation by reversing the actions that took place. On a theoretical level, this effect does not correspond with the development of reducing the possibilities to nullify a transaction.

In Dutch literature the system is criticized for being only aimed at returning the object to the debtor and for the fact that it might not always be sufficient to compensate the suffered losses. The empirical research shows that practitioners see this as an undesired consequence of the current legal effect. In practice, the current legal effect also often makes unnecessary restitutions unavoidable. Therefore, practitioners generally prefer damages to restitution.

#### *Conclusion Part I*

It is concluded that all of the (theoretical) objections, except one, occur in practice, and that most (but not all) of them can be found in Dutch literature.

Theoretical objections	In practice?	In Dutch literature?
Possibility to manipulate the distinction between voluntary and obligatory transactions (Ch. 1)	Yes	Yes
Collusion criterion does not correspond with the objectification of norms (Ch. 3)	Yes	Yes
Debtor's knowledge should be irrelevant (Ch. 4)	Yes	Yes
Taking the interests of the creditors into account does not start at the moment when these interests are threatened (Ch. 4)	Yes	Yes
Only legal actions (and not an omission or influencing the debtor) can be set aside (Ch. 4)	No	No
(Counter)parties are insufficiently forced to justify their actions (Ch. 4)	Yes	Partly
Current knowledge criteria do not correspond with the objectification of norms / should be replaced by (other) criteria (Ch. 4)	Yes	Partly
Legal effect – Restitution (Ch. 5)	Yes	No

The empirical research performed in Part I shows that there are not many other objections to the current rules on transaction avoidance, i.e. objections which have no relation to important developments in Dutch private law.

'Other objections'	In literature?
Determining the value of assets (Ch. 2)	No
Contextual approach of the 'creditors must be prejudiced' rule (Ch. 2)	Yes
(Other) forms of vagueness (Ch. 2-4)	Yes
(Supposedly) defective harmonization of bankruptcy law with company law (Ch. 4)	No

From this it follows that most of the criticism mentioned in Dutch literature corresponds with important developments in Dutch private law. Therefore, this research supports the hypothesis that the criticism expressed in Dutch literature is predominantly related to important developments in private law. Because there are few objections that can not be related to these important developments, it seems justified to adjust the current transaction avoidance rules, using the important developments in Dutch private law as guidelines.

## Part II – Alternative remedy

In *Chapter 6* it becomes clear that setting aside certain transactions sometimes leads to a substantial increase of the recovery rates of creditors. Secondly, psychological research indicates that it is likely that creditors – and the society as a whole – consider it fair to void certain transactions. These circumstances indicate that it is desirable to have criteria that help to set aside transactions that prejudice creditors. This provides a justification for developing an alternative for the current rules concerning transaction avoidance.

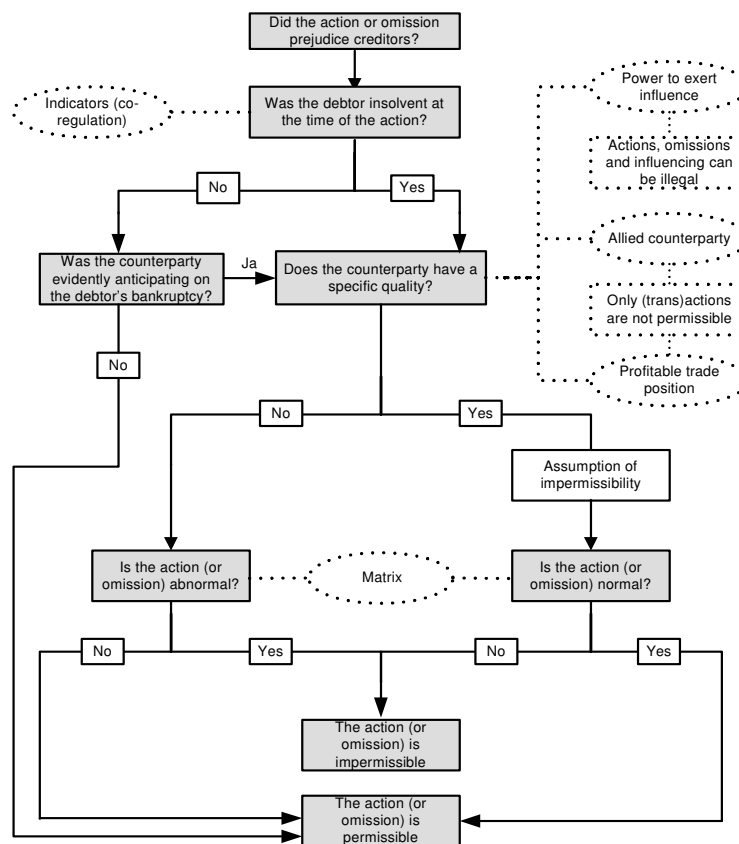
To take away the current criticism, the rules should not be based on existing proposals. Seen from the perspective of the important developments in private law, these proposals will not deal with all of the current criticism (Part I). Additionally they will – again from the perspective of important developments in private law – lead to new criticism.

Constructing the criteria on the basis of the important developments in private law implies that, as concluded in *Part I*, (i) the debtor's knowledge should not be relevant if the counterparty is held liable, (ii) the criteria should be objectified as in Dutch private law, (iii) (counter)parties should be forced more to justify their actions and (iv) they can also be liable in case of an omission or when they exert impermissible influence on the debtor. The last implication entails that the alternative criteria also concern situations (wrongful trading, set-off, selective payment) that are currently covered by existing criteria.

These four guidelines, however, are too broad to devise criteria with them. That is why *Chapter 7* focuses on devising specific criteria. To do this, different (Uncitral) reports are used to give an accurate description of types of criteria that (most) countries apply. German and English law are used to illustrate how (different) these types of criteria are made specific and how they are implemented. This inventory results in finding seven commonly used criteria. These are: suspect periods, the financial situation of the debtor,

intention, knowledge, the quality (proximity) of parties, the distinction between voluntary and obligatory transactions and the normality of the situation.

In *Chapter 8* it is concluded that the financial situation of the debtor, the quality (proximity) of parties, the distinction between voluntary and obligatory transactions and normality (what is normal given the situation?) correspond with the guidelines mentioned before. Therefore these criteria are used to construct the alternative remedy. With these, it is possible to make a hierarchy and a step-by-step design. This can be visualized as follows:



The normality criterion can be made more specific, as it is dominated by three factors. These can be visualized as follows:

Proximity Factors	(Decisive) power to exert influence	Allied counter- party	Profitable trade position	Counterparty with no special quality
Chance that behaviour would have taken place in the absence of bankruptcy - Type of behaviour - Distinction between voluntary and obligatory	+	+	+	++
Size of the loss suffered	++	++	++	+
Justification - Extent of 'personal' advantage - Extent of adequate monitoring	+++	-	-	-

The matrix, which is referred to in the step-by-step scheme, shows that the extent in which a factor should play a role depends on the quality of the counterparty. So the higher the number of plusses ('+'), the more important the factor is. A minus ('-') means 'irrelevant'.

The various criteria can be specifically devised in the co-regulation process: a process in which experts (for example practitioners) specify and improve the norms that have previously been formulated by the legislator. The goal of this process is:

- To develop indicators for judging the liquidity and solvability of the debtor.
- To think of guidelines for determining which (counter)parties have a certain quality (decisive power, proximity etc.).
- To make the normality test more specific, if desired. This also includes developing guidelines for judging the monitoring activities of secured creditors.
- To provide more clarity on determining the value of assets and goodwill.

The alternative criteria (remedies) entail that heavily secured creditors should justify their privileged position. They should provide the trustee with information which shows that the secured creditor monitored the debtor adequately. On the basis of the information provided, the trustee can claim that a part of the secured assets should be ignored, i.e. the secured creditor has no right to the secured assets. Finally, it is concluded that the existing criteria that concern situations such as wrongful trading, set-offs and selective payments, correspond with the alternative criteria and with the step-by-step scheme.

*Chapter 9* subsequently addresses the question what the legal effects of a successful application of the criteria should be. The starting-point should be that actions should be regarded valid as much as possible and that the legal effects should not reach further than

necessary. From this the basic rule follows that the remedy should take away the losses suffered as a result of the action. This rule implies that a judge has a discretionary power. Damages will often suffice to remove the losses, but the answer to the question what the exact legal effect will be, depends on the facts in the specific case.

### **Part III – Exploration and discussion**

In *Chapter 10*, the theoretical objections are revisited which were mentioned in *Part I*. It is concluded that most of these objections will probably be solved if the alternative remedy is applied, because this remedy is constructed on the basis of the important developments in Dutch private law, which also form the criterion for developing the current remedy.

Furthermore it is expected that the alternative remedy also reduces the problems that can not be traced back to the important developments in private law. The alternative remedy, for example, appears to be more specific than the current remedy. The problems that most likely will remain are related to the requirement of prejudicing the creditors' interests (determining the value).

*Chapter 11* discusses how the alternative remedy works. By applying it to actual cases it is possible to make a comparison between the application of the current remedy and the alternative remedy.

Most of the differences concern the fact that the alternative remedy corresponds to the important developments in private law and the current remedy does not. To elaborate further on the differences between the current and the alternative remedy would come down to repeating the analysis which took place in *Part I* and *Chapter 10*.

However, it is striking that the alternative remedy, in comparison to the current remedy, makes it easier for trustees to set aside actions by the debtor. This is partly because the counterparty is forced to justify his actions more frequently. This entails that the alternative remedy is probably more effective than the current remedy, because time and costs are saved. Therefore the alternative remedy probably also reduces other problems, such as those concerning funding. Furthermore the alternative remedy probably reduces or even takes away some problems that are *not* related to developments in Dutch private law. For example, some parts of the alternative remedy seem to be less vague than the current remedy.

The comparison between the application of the current remedy and of the alternative remedy also makes it possible to get an impression of possible new criticism. At first sight, four possible objections might be raised:

- A relatively high number of probability judgments are to be made, while psychological research shows that people are biased by cognitive restraints in the sense that their assessment of probability differs from the perception of statisticians, and therefore they make errors when estimating the probability. However, the same objection applies to several other rules and criteria.
- Some parts of the alternative remedy are less predictable than the current remedy. This could be seen as criticism, but on the other hand, other parts of the alternative remedy seem to be more predictable.

- Conflict with the autonomy principle because (counter)parties should take the creditors' interests more into account than under the current remedy. This criticism, however, is not convincing. It can not generally be said that it is wrong to take the interests of creditors more often into account.
- Possible problems in cases that concern pledge, mortgage and retention of title. However, the way these security rights are judged according to the alternative remedy differs from the judgement made on the basis of the current remedy. Existing cases do not provide enough and adequate information to make a judgment on the basis of the alternative remedy, which makes it difficult to test the said remedy on this type of cases.

It is important to keep in mind that, apart from possible disadvantages, the alternative remedy certainly has major advantages. For example, it is more flexible than the current remedy and provides a solution to an important part of the existing objections. Considering these advantages and the new minor objections that are to be expected, only on the basis of profound research it would be possible to conclude that it is a bad idea to replace the existing remedy by the alternative remedy.

### **Final conclusion**

The final conclusion is that the hypothesis, that the criticism in Dutch literature on the Dutch rules on transaction avoidance is predominantly related to important developments in Dutch private law should not be rejected. Furthermore, the answer to the central research question is that it is possible to develop an alternative remedy on the basis of important developments in private law that takes away the current criticism, and that the new remedy leads to new objections, which, on the other hand, are only minor.

This conclusion might lead to further research. In this research, the current problems could be approached from another perspective, but it would be more challenging to research and maybe solve the new objections. This approach makes it possible to improve the alternative remedy and to provide a (better) solution for the current problems.





## Lijst van verkort aangehaalde literatuur

- Aalberse 1897 P.J.M. Aalberse, *Oneerlijke concurrentie en hare bestrijding volgens het Nederlandsche recht* (diss. Leiden), Leiden: Van Leeuwen 1897.
- Adriaanse 2005 J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.
- van den Akker 2001 E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de zorgplicht van accountants, advocaten en notarissen ten opzichte van anderen dan hun opdrachtgever* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2001.
- Van Amsterdam 2004 A.M. van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief* (Amsterdam VU), Den Haag: Boom 2004.
- Ankum 1962a J.A. Ankum, *Geschiedenis der "actio Pauliana"* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1962.
- Ankum 1962b J.A. Ankum, *De Pauliana buiten faillissement in het Nederlandsche Recht sedert de Codificatie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1962.
- Asser/Groen/Vranken 2003 W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans: Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom 2003.
- Asser/Groen/Vranken 2006 W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd: eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom 2006.
- Asser-Beekhuis 1985 C. Asser, J.H. Beekhuis, F.H.J. Mijnsen, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Zakenrecht. Deel I. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985.
- Asser-Hartkamp-Sieburgh 2004 (4-I) A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Kluwer: Deventer 2004.
- Asser-Hartkamp 2000 (4-II) A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Tjeenk Willink 2000.
- Asser-Hartkamp 2005 (4-I) A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005.
- Asser-Maeijer-van den Ingh 2000 (2-III) J.M.M. Maeijer, F.J.P. van den Ingh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersonen. Deel III. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- Asser-Scholten 1974 P. Scholten/G.J.. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974.
- Asser-Vranken 2005 J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel: een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.
- Austin 1980 Austin, W. (1980), 'Friendship and fairness: Effects of type of relationship and task performance on choice of distribution rules', *Personality and Social Psychology Bulletin* 6, p. 402–408.
- Baarsma/Felsö/van Geffen/Mulder/Oostdijk 2003 B. Baarsma, F. Felsö, S. van Geffen, J. Mulder, A. Oostdijk, *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, Amsterdam: Stichting voor Economisch Onderzoek der Universiteit van Amsterdam (SEO) 2003.
- Baird/Jackson 1985 Douglas G. Baird & Thomas H. Jackson, *Fraudulent conveyance law and its proper domain*, 38 Vand. L. Rev. 829 (1985).
- Babbie 2004 Earl Babbie, *The practice of social research*, Belmont, CA: Thomson/Wadsworth 2004.
- Bakels 1993 F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.
- Baker 1999 T.L. Baker, *Doing social research*, Boston: McGraw-Hill 1999.
- Baldwin/Cave 1999 R. Baldwin, M. Cave, *Understanding regulation: theory, strategy and practice*, Oxford: Oxford University Press 1999.
- Barendrecht 1992 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.
- Barendrecht 2000 J.M. Barendrecht, 'Rechtsvorming naar behoefte - Welke normen hebben partijen in civielrechtelijke geschillen nodig?' *NJB* 2000/13, p. 690–698.
- Barendrecht/van den Akker 1999 J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners: van dualing tot zelfstanding leerstuk: informatieplichten van artsen, advocaten, notarissen, banken, aannemers, verzekeraars en anderen*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.
- Belinfante 1865 G. Belinfante, 'Wat is onregtmatige daad en wat is schuld volgens art. 1401 B.W.', *RM Themis* 1865/3, p. 341 e.v.
- Belinfante 1901 E. Belinfante, *Ongeldigheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1901.
- Bennett/Armour/Bridge 2003 Howard Bennett, John Armour, Michael Bridge, *Vulnerable transactions in corporate insolvency*, Oxford: Hart 2003.

---

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- |                        |  |
|------------------------|--|
| Van Beresteyn 1910     | E. van Beresteyn, 'Aansprakelijkheid van publiekrechtelijke lichamen voor de schade, door hunne organen en beampten door of bij de vervulling van hun taak aan bijzondere personen toegebracht', in: <i>Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1910-I, tweede stuk</i> , 's-Gravenhage: Belinfante 1910, p. 215-298. |
| Van den Berg 1991      | M.A.M.C. van den Berg, <i>Een faire kans</i> (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1991.   |
| Van den Berg e.a. 2004 | M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duivis, H. Langendoen (red.), <i>Bouwrecht in kort bestek</i> , Deventer: Kluwer 2000.  |
| Van den Bergh 1987     | G.C.J.J. van den Bergh, <i>Wet, gezag en rede</i> (afscheidsrede Utrecht), Deventer: Kluwer 1987.  |
| Blomkwist 2004         | J.W.H. Blomkwist, 'Recensie. N.W.M. van den Heuvel, Zekerheid en voorrang (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2004', <i>TvI</i> 2004/6, p. 344-347.  |
| Boks 2002              | D.T. Boks, <i>Notariële aansprakelijkheid: enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van derden</i> (diss. RUG), 2002.   |
| Van Boom 1999          | W.H. van Boom, 'De aanbestedende overheid. Beginselen van behoorlijke openbare aanbesteding, <i>BR</i> 1999/8, p. 644-653.   |
| Van Boom 2003a         | W.H. van Boom, <i>Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht</i> (oratie Tilburg), Den Haag: Boom 2003.   |
| Van Boom 2003b         | W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger', <i>NTBR</i> 2003/10, p. 555-564.   |
| Van Brakel 1929        | S. van Brakel, <i>De subjectivering van het recht</i> (oratie Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1929.   |
| Van den Brink 2002     | V. van den Brink, <i>De rechtshandeling in strijd met de goede zeden</i> (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom 2002.   |
| Braun 2004             | E. Braun e.a., <i>Insolvenzordnung (InsO): Kommentar</i> , München: Beck 2004.   |
| Bruins 1906            | G.J. Bruins, <i>Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding</i> (diss. Leiden), Mouton: Den Haag 1906.   |
| Brunner 1992           | C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het nieuwe BW', in: C.J.H. Brunner, A.H.T. Heisterkamp, J.H.A. Lokin, W.H.M. Reehuis, W.J. Zwolve, <i>Rechtsvinding onder het NBW: een Groningse kijk op het nieuwe vennogensrecht</i> , Deventer: Kluwer 1992, p. 87-100.  |
| Carlson 1995           | David Gray Carlson, <i>Security interest in the crucible of voidable preference law</i> , 1995 U. Ill. L. Rev. 211.  |

# LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR ---

- |                       |  |
|-----------------------|--|
| Chen 1999             | Chen, X.-P. (1999), 'Work team cooperation: The effects of structural and motivational changes', in: M. Foddy & M. Smithson (Eds.), <i>Resolving social dilemmas: Dynamic, structural, and intergroup aspects</i> Philadelphia, PA, US: Psychology Press/Taylor & Francis, p. 181-192. |
| Cork Report 1982      | Kenneth Cork (chairman), <i>Insolvency law and practise: report of the review committee</i> , London: Her Majesty's Stationery Office 1982.  |
| Van Dam 1989          | C.C. van Dam, <i>Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid</i> (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.  |
| Davydenko/Franks 2005 | S.A. Davydenko, J.R. Franks, 'Do bankruptcy codes matter? A study of defaults in France, Germany and the UK', <a href="http://ssrn.com/abstract=647861">http://ssrn.com/abstract=647861</a> .  |
| Dauernheim 1999       | J. Dauernheim, <i>Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz</i> , Neuwied: Luchterhand 1999.   |
| Dawes 1980            | Dawes, R.M. (1980), 'Social dilemmas', <i>Annual Review of Psychology</i> , 31, p. 169-193.  |
| Diephuis 1869         | G. Diephuis, <i>Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, Eerste Deel</i> , Groningen: Wolters 1869.   |
| Diephuis 1872         | G. Diephuis, <i>Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, Tweede Deel</i> , Groningen: Wolters 1872.   |
| Digesten              | J.E. Spruit, R. Feenstra & L. de Ligt, <i>Corpus juris civilis: tekst en vertaling</i> , Deel III: Digesten 11-24, Den Haag: Sdu 1996.   |
| Dortmond 1986         | P.J. Dortmond, 'Aansprakelijkheid voor belasting- en premieschulden van de rechtspersoon', in: P. van Schilfgaarde, P.J. Dortmond, P.C. van der Hoek, H.L.J. Roelvink, H.J.M.N. Honée, <i>De nieuwe misbruikwetgeving</i> , Deventer: Kluwer 1986, p. 41-59.                           |
| Van Driel 1989        | M. van Driel, <i>Zelfregulering: hoog opspelen of thuisblijven?</i> (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.  |
| Drucker 1882          | H.L. Drucker, <i>Rechtswetenschap en wetgeving</i> (oratie Groningen), Haarlem: De Erven F. Bohn 1882.   |
| Van Dijck 1990        | H.L.E. van Dijck, <i>De aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde beschikkingen</i> (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1990.   |
| Van Dijck 2005        | G. van Dijck, 'De actio Pauliana in Nederland en de wet van de remmende voorsprong', in: Jan Smits, Sophie Stijns (red.), <i>Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht</i> , Antwerpen: Intersentia 2005, p. 393-410.                                    |
| Van Dijck 2006        | G. van Dijck, 'Empirisch onderzoek naar problemen bij de toepassing van de faillissementspauliana', <i>TvI</i> 2006/4, p. 112-124.   |

---

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- |                                  |  |
|----------------------------------|--|
| Van Dijk/Van den Heuvel 2004     | G. van Dijk, N.W.M. van den Heuvel, 'Discussiëren over goederenrecht', <i>TvI</i> 2004/5, p. 191-200.  |
| Van Dijk/Grodzka 1992            | van Dijk, E., & Grodzka, M. (1992), 'The influence of endowments asymmetry and information level on the contribution to a public step good', <i>Journal of Economic Psychology</i> , 13, 329-342.  |
| Van Dijk/Wilke 1993              | van Dijk, E., Wilke, H. (1993), 'Differential interests, equity, and public good provision', <i>Journal of Experimental Social Psychology</i> , 29, p. 1-16.   |
| Van Dijk/Wilke 1995              | van Dijk, E., Wilke, H. (1995), 'Coordination rules in asymmetric social dilemmas: A comparison between public good dilemmas and resource dilemmas', <i>Journal of Experimental Psychology</i> , 31, p. 1-27.                                    |
| Van Dijk/Wilke 2000              | van Dijk, E., Wilke, H. (2000), 'Decision-induced focusing in social dilemmas: Give-some, keep-some, take-some, and leave-some dilemmas', <i>Journal of Personality and Social Psychology</i> , 78, 92-104.                                      |
| Van Dijk/Wilke/Wilke/Metman 1999 | van Dijk, E., Wilke, H., Wilke, M., & Metman, L. (1999), 'What information do we use in social dilemmas? Environmental uncertainty and the employment of coordination rules', <i>Journal of Experimental Social Psychology</i> , 35, p. 109-135. |
| Duk 2003                         | R.A.A. Duk, 'Hoe autoritair wordt de nieuwe civiele rechter?', <i>TCR</i> 2003/3, p. 63-69.  |
| Van Eeghen 2002                  | L.J. van Eeghen, 'De aansprakelijkheid van bestuurders na feitelijke insolventie', <i>TvI</i> 2002/4, p. 197-205.  |
| Van Eeghen 2005                  | L.J. van Eeghen, Reactie van L.J. van Eeghen op: J.W.H. Blomkwist, 'Recensie (boekbespreking van: N.W.M. van den Heuvel, <i>Zekerheid en voorrang</i> (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2004)', <i>TvI</i> 2004, 69, p. 344 e.v.                   |
| Eggens 1934                      | J. Eggens, 'De retentor en art. 2014 BW', <i>WPNR</i> 3366-3368 (1934), p. 277-281, p. 289-290 en p. 301-303.  |
| Eggens 1939                      | J. Eggens, 'Vormen van nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen', <i>WPNR</i> 3629-3630 (1939), p. 325-329 en p. 337-340.   |
| Eggens 1947                      | J. Eggens, 'Vormen van nietigheid en van bekrachtiging van rechtshandelingen', <i>preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen 1947</i> , Belinfante: Den Haag 1947.  |
| Eickmann e.a. 2003               | Dieter Eickmann, Axel Flessner, Friedrich Ischlinger, Hans-Peter Kirchhof, Gerhart Kreft, Hans-Georg Landfermann, Wolfgang Marotzke, Guido Stephan, <i>Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung</i> , Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2003.    |
| Essers 2004                      | P.H.J. Essers, 'Codificatie en dynamiek in het belastingrecht', in: J.B.M. Vranken, I. Giesen, <i>Codificatie en dynamiek</i> , Den Haag: Boom 2004, p. 7-27.  |

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- Eijlander 1993 Ph. Eijlander, *De wet stellen: beschouwingen over onderwerpen van wetgeving* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1993.
- Eijlander 1994 Ph. Eijlander, 'Zelfregulering in soorten en maten', in: Ph. Eijlander, P.H.A. Frissen, P.C. Gilhuis, J.H. van Kreveld, B.W.N. de Waard (red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 93-104.
- Eijlander 2005 Ph. Eijlander, 'Possibilities and constraints in the use of self-regulation and co-regulation in legislative policy: experiences in the Netherlands – Lessons to be learned for the EU?', *EJCL* 2005/1.
- Faber 1996 N.E.D. Faber, noot bij Rb. Amsterdam 17 april 1996, *JOR* 1996, 72.
- Van der Feltz I G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surseance van betaling* (deel I), Haarlem: Erven F. Bohn 1896.
- Filott 2000 W.H.G.A. Filott, *Algemene bankvoorraaden*, Deventer: Kluwer 2000.
- Fletcher 1994 Ian F. Fletcher, 'Voidable transactions in bankruptcy: British law perspectives', in: Jacob S. Ziegel (ed.), *Current developments in international and comparative corporate insolvency law*, Oxford: Clarendon Press 1994.
- Fletcher 2002 I.F. Fletcher, *The law of insolvency* (3e druk), London: Sweet & Maxwell 2002.
- Franken 2002 S. Franken, 'Verslag Nibe-Svv seminar d.d. 18 september 2002: Modernisering faillissementsrecht: wat wordt de positie van de bank?', *TvI* 2002/6, p. 336-341.
- Frieling 2004 J.W. Frieling, Annotatie bij 'Hof Arnhem 23 juli 2002 en 16 december 2003, *JOR* 2004, 85 m.nt. R.J. Abendroth (ABN Amro/Van Dooren q.q.)', *TvI* 2004/4, p. 175-179.
- Van Galen 1994 R.J. van Galen, 'Hof Den Haag 21 december 1993, n.g. (Mr Gispén q.q./IFN)', *V&O* 1994/3, p. 32-33.
- Van Galen 2000 R.J. van Galen, Annotatie bij HR Verkerk/Tiethoff, *OR* 2000/4-5, 129-131.
- Gessner/Rhode/Strate/Ziegert 1978 Volkmar Gessner, Barbara Rhode, Gerhard Strate, Klaus A. Ziegert, *Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland: eine rechtssoziologische Untersuchung*, Köln: Bundesanzeiger Verlagsges.m.bH 1978.
- Van Gestel 2000 R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven: naar eigen verantwoordelijkheid binnen kaders* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2000.

---

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- |                          |   |
|--------------------------|---|
| Van Gestel 2004          | R.A.J. van Gestel, 'Zelfregulering en democratie: koningskoppel of gevecht om de troon?', in: M. Adams en P. Popelier (red.), <i>Recht en democratie: de democratische verbeelding in het recht</i> , 495-527.  |
| Giesen 2004              | I. Giesen, 'Codificatie en dynamiek in het schadevergoedingsrecht', in: J.B.M. Vranken, I. Giesen, <i>Codificatie en dynamiek</i> , Den Haag: Boom 2004, p. 139-165.  |
| Giesen/Vranken 2004      | I. Giesen, J.B.M. Vranken, 'Uitleiding: de eerste bevindingen', in: J.B.M. Vranken, I. Giesen, <i>Codificatie en dynamiek</i> , Den Haag: Boom 2004, p. 221-231.  |
| Goode 1997               | R.M. Goode, <i>Principles of corporate insolvency law</i> , London: Sweet & Maxwell 1997.   |
| Greenbaum 1998           | T.L. Greenbaum, <i>The handbook for focus group research</i> , Thousand Oaks: Sage 1998.  |
| Hammerstein/Vranken 1997 | A. Hammerstein, J.B.M. Vranken, 'Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten', in: J. ten Kate, R.J.P. Kottentagen, A.I.M. van Mierlo & J.H. Wansink (red.), <i>Miscellanea: jurisconsulto vero Dedicata</i> (van Dunné-bundel), Deventer: Kluwer 1997.   |
| Hammerstein/Vranken 2003 | A. Hammerstein, J.B.M. Vranken, <i>Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten</i> , Deventer: Kluwer 2003.   |
| Handelingen NJV 1937-II  | <i>Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1937-II</i> , 's-Gravenhage: Belinfante 1937.   |
| Hartlief 1994            | T. Hartlief, <i>Ontbinding</i> (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.  |
| Hartlief 1997            | T. Hartlief, 'Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht?', <i>AA</i> 1997/4, p. 196-202.   |
| Hartlief 2004            | T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', <i>WPNR</i> 6564 (2004), p. 106-118.   |
| Hartlief/Stolp 2000      | Ton Hartlief, Myrthe Stolp, 'De ontbinding wegens tekortkoming aan banden gelegd: de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit als nieuw referentiekader', in: Jan Smits en Sophie Stijns, <i>Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht</i> , Antwerpen: Intersentia 2000, p. 245-270. |
| Van Hees 1997            | J.J. van Hees, 'Enkele Pauliana-perikelen', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen (red.), <i>Ondermoring en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht</i> , Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 567-576.  |
| Van Hees 1998            | A. van Hees, 'Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana', in: L. Timmerman (red.), <i>Vragen rond de faillissementspauliana</i> (Insolad Jaarboek 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 1-11.   |



# LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR ---

- Van Hees 2006 A. van Hees, 'Reactie op de bespreking van Van Dooren q.q./ABN AMRO II (Hoge Raad 8 juli 2005, JOR 2005/230; NJ 2005, 457) door A.J. Verdaas in NTBR 2006, 8, p. 30 e.v.' NTBR 2006/3, p. 114-115.
- Hess/Weis/Wienberg 2001 H. Hess, M. Weis, R. Wienberg, *Kommentar zur Insolvenzordnung met EGI'sO: band 1 Insolvenzordnung*, Heidelberg: Müller Verlag 2001.
- Hesslink 1993 M. Hesslink, 'Stelsel scherpe normen geeft schijnrechtszekerheid. Over falsificatie van rechtsregels door de burgerlijke rechter', *WPNR* 6109 (1993), p. 725-732.
- Van den Heuvel 2004 N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2004.
- Van der Hoeven 1990 J. van der Hoeven, *Opkomst en neergang van een heersende leer: de leer van het wetspositivisme*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen; Noord-Hollandsche 1990.
- Hoff 1995 G.T.J. Hoff, *Balanceren op het koord van de faillissementspauliana*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf: 1995.
- Hofmann 1941 L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht, eerste deel, De algemene leer der verbintenissen*, zesde druk, Groningen: Wolters 1941.
- Hijma 1988 Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.
- Huizink 1989 J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989.
- Huizink 2001 J.B. Huizink, 'Nogmaals artikel 47 Fw', *WPNR* 6429 (2001), p. 33-34.
- Huizink 2002 J.B. Huizink, *Insolventie*, Deventer: Kluwer 2002.
- Huppes-Cluysenaer 1994 E.A. Huppes-Cluysenaer, *Wetenschapsleer voor juristen*, Deventer: Kluwer 1994.
- IMF Rapport *Orderly & effective insolvency procedures: key issues*, Washington DC: International Monetary Fund 1999.
- Ingelse 2004 P. Ingelse, 'Herbezinning op de partijautonomie', in: P. Ingelse (red.), *Commentaren op de fundamentele herbezinning*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 43-67.
- Interinstitutional Agreement 2003 Interinstitutional Agreement, 2003/C 321/01 (voor het laatst geraadpleegd op 19 juni 2006 via [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/c\\_321/c\\_32120031231en00010005.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/c_321/c_32120031231en00010005.pdf)).

---

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- |                      |  |
|----------------------|--|
| Jackson 1984         | T.H. Jackson, <i>Avoiding powers in bankruptcy</i> , 36 Stan. L. Rev. 725 (1984).  |
| Jackson 1986         | T.H. Jackson, <i>The logic and limits of bankruptcy law</i> , Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1986.  |
| Jaeger/Henckel 1997  | E. Jaeger, W. Henckel, <i>Konkursordnung: Grosskommentar</i> , Berlin: De Gruyter 1997.  |
| Jansen 1991          | C.J.H. Jansen, 'Begriffsjurisprudentz, deductie of inductie?', <i>RM Themis</i> 1991/2, p. 63-77.  |
| Jansen 2001          | C.E.C. Jansen, 'Aanbesteding en offertekostenvergoeding', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.V. Weijnen (red.), <i>Aanbesteding en aansprakelijkheid: preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij aanbestedingsgeschillen</i> , Boom juridische uitgevers, Den Haag 2001, p. 69-103. |
| Jansen/Janssen 2004  | C.E.C. Jansen en H.W.R.A.M. Janssen, 'De precontractuele waarschuwingsplicht van de aannemer', <i>BR</i> 2004, p. 363-382.   |
| Jaspers 1980         | A.Ph.C.M. Jaspers, <i>Rechtspreken in de maatschappij</i> (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1980.   |
| Jitta 1903           | D.J. Jitta, 'Moet de Oneerlijke Mededinging door den wetgever worden bestreden; zoo ja, hoe?', in: <i>Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1903-I</i> , 's-Gravenhage: Belinfante 1903, p. 42-122.   |
| Kahneman/Miller 1986 | D. Kahneman, D.T. Miller, 'Norm theory: Comparing reality to its alternatives', <i>Psychological Review</i> 1986, Vol. 93, No. 2, p. 136-153.  |
| Keay 1996            | Andrew Keay, 'In pursuit of the rationale behind the avoidance of pre-liquidation transactions', (1996) 18 <i>Sydney law review</i> 55.  |
| Keay 2000            | Andrew Keay, 'Transactional avoidance: critical aspects of English and Australian law', in: Ian F. Fletcher, <i>International Insolvency Review</i> , 2000/1, p. 5-36.   |
| Knigge 2004          | G. Knigge, 'Rechtsbescherming en partijautonomie in het civiele proces', <i>RM Themis</i> 2004/4, p. 165-167.  |
| Kop 1992a            | P.C. Kop, <i>Legisme en privaatrechtwetenschap</i> , Deventer: Kluwer 1992.  |
| Kop 1992b            | P.C. Kop, 'Wie het woord veracht, moet het ontgelden', <i>NTBR</i> 1992/1, p. 13-18.   |
| Van Koppen 1995      | F.P. van Koppen, 'Het overleg-criterium in art. 47 Fw. Daarnaast: verduidelijking van een criterium uit het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope II', <i>Bb</i> 1995/10, p. 85-87.  |

# LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR ---

- Van Koppen 1998a F.P. van Koppen, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Kluwer: Deventer 1998.
- Van Koppen 1998b F.P. van Koppen, 'De rechtsgevolgen van het inroepen van de faillissementspauliana', in: L. Timmerman (red.), *Vragen rond de faillissementspauliana* (Insolad Jaarboek 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 13-29.
- Van Koppen 2000 F.P. van Koppen, 'Geen twijfel meer mogelijk: de Hoge Raad legt de Paulianabepalingen restrictief uit', *TvI* 2000/6, p. 190-196.
- Van Koppen 2001 F.P. van Koppen, 'Moet "wetenschap van faillissementsaanvraag" in art. 47 Fw geobjectiveerd worden?' (reactie op 'Nogmaals art. 47 Fw', WPNR (2001) 6429), *WPNR* (2001) 6454, p. 708-711.
- Van Koppen 2006 F.P. van Koppen, 'Naschrift bij de reactie van mr. ing. A.J. Verdaas', *TvI* 2006/1, p. 36-39.
- Korobkin 1998 R.B. Korobkin, 'The status quo bias and contract default rules', 83 *Cornell L. Rev.* 608 (1998).
- Kortmann 1991 S.C.J.J. Kortmann, 'Faillissementsrecht anno 2000', *In het nu, wat worden zal* (afscheisbundel H.C.F. Schoordijk), Deventer: Kluwer 1991.
- Kortmann/Faber 1995 S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Kortmann/Faber 1996 S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, 'Honderd jaar faillissementswetgeving', *TvI* 1996, 5, p. 123-133.
- Kortmann/Faber 1999 S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, 'Reactie op Verkerk/Tiethoff q.q.', *AA* 1999, nr. 7/8, p. 538-539.
- Kortmann e.a. 2001 S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, R.G.J. Nowak, P.M. Veder, 'Faillissementswet: niet slopen maar renoveren', *WPNR* 2001, 6463, p. 897-904.
- Krueger 1994 R.A. Krueger, *Focus groups: a practical guide for applied research*, Thousands Oaks, CA: Sage Publ. 1994.
- Kuhn/Uhlenbruck 1994 G. Kuhn, W. Uhlenbruck, F. Mentzel, *Konkursordnung: Kommentar*, München: Vahlen 1994.
- Van Laarhoven 2005 M.J. van Laarhoven, 'Over derdenwerking van overeenkomsten en samenhangende rechtsverhoudingen. Enkele beschouwingen n.a.v. HR 24 sept. 2004, RvdW 2004, 108 (Vleesmeester-Alog)', *NTBR* 2005/2, p. 48-59.
- Land 1896 N.K.F. Land, *Beschouwingen over de verbintenissen uit onrechtmatige daad*, Haarlem: De erven F. Bohn 1896.
- Land 1899 N.K.F. Land, *Inleiding tot de verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1899.

---

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- Land 1907 N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Vierde deel, Boek III, Titel 1-4, tweede druk, herzien door W.H. De Savomin Lohman*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1907.
- Lammers 1999 H.H. Lammers, 'Overeenkomst en belangen van derden', in: T. Hartlief, C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 219-238.
- Van Lennep 1895 H. van Lennep, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der aansprakelijkheid voor schade door ondergeschikten veroorzaakt* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Scheltema & Holkema's Boekhandel 1895.
- Levenbach 1938 M.G. Levenbach, 'Het burgerlijk wetboek en de maatschappelijke verhoudingen van 1838 tot heden', in: Paul Scholten en E.M. Meijers, *Gedenksboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 129-168.
- Lind 2005 T.P. Lind, *Zur Auslegung von § 133 InsO, insbesondere im System der Anfechtungstatbestände* (diss. Frankfurt am Main), Berlin: Tenea 2005.
- Lokin 1994 J.H.A. Lokin, *Tekst en uitleg : opstellen over codificatie en interpretatie naar aanleiding van de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Chimaira 1994.
- de Loos-Wijker (Vermogensrecht) S.A.M. de Loos-Wijker, 'Algemeen nietigheden', in: C.J.H. Brunner, W.M. Kleijn & A.L.M. Soons (red.), *Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.) 2001.
- Loth/Gaakeer 2003 M.A. Loth, A.M.P. Gaakeer, *Meesterlijk recht: over recht, rechtswetenschap en jurisprudentie*, Den Haag: Boom 2003.
- Luttikhuis 2004 A.P.K. Luttikhuis, "Begrip 'de gezamenlijke schuldeisers' gedateerd", *TvI* 2004/3, p. 84-95.
- Van Maanen 1986 G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad: aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1986.
- Marwell/Ames 1979 Marwell, G., & Ames, R.E. (1979), 'Experiments on the provision of public goods. I. Resources, interest, group size, and the free-rider problem', *American Journal of Sociology*, 84, p. 1335-1360.
- May 2001 T. May, *Social research: issues, methods and process*, Maidenhead: Open University Press 2001.
- McCoid 1981 John C. McCoid II, *Bankruptcy, Preferences, and Efficiency: An Expression of Doubt*, 67 Va. L. Rev. 249 (1981).
- McCoid 1983 John C. McCoid II, *Constructively fraudulent conveyances: Transfers for inadequate consideration*, 62 Tex. L. Rev. 639 (1983).
- Meeter 1996 F. Meeter, 'Wettelijke doorfinancieringsregeling', *TvI* 1996/4, p. 86-86.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- Meijers 1903 E.M. Meijers, *Dogmatische Rechtswetenschap* (diss. Amsterdam), 1903.
- Meijers 1935 E.M. Meijers, 'De beteekenis der elementen "waarschijnlijkheid" en "schuld" voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', *WPNR* 1935-1936 (artikelenreeks 3442-3445), p. 551-555, p. 567-571, p. 579-582 en p. 1-6.
- Meijers 1958 E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire pers 1958.
- Molengraaff 1885 W.P.L.A. Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap* (oratie Rijksuniversiteit Utrecht), Haarlem: De Erven F. Bohn 1885. Tevens opgenomen in W. ter Horst, B. Wachter & J. Wiarda (red.), *Molengraaff bundel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1978.
- Molengraaff 1887 W.P.L.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter', in: *Rechtsgeleend Magazijn* 1887, p. 373-435. Tevens opgenomen in W. ter Horst, B. Wachter & J. Wiarda (red.), *Molengraaff bundel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1978.
- Mon. Nieuw BW A-20 (Rogmans) B.G.P. Rogmans, 'Verkeersopvattingen', *Monografieën Nieuw BW A-20*, Deventer: Kluwer 1999.
- Mon. Nieuw BW B-2 (van Buchem-Spapens/Pouw) A.M.J. van Buchem-Spapens, Th.A. Pouw, 'Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering', *Monografieën Nieuw BW B-2*, Deventer: Kluwer 2004.
- Mon. Nieuw BW B-57 (Cahen) J.L.P. Cahen, 'Overeenkomst en derden', *Monografieën Nieuw BW B-57*, Deventer: Kluwer 2004.
- Nieskens-Isphording 1991 B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht: een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991.
- Nieuwenhuis 1979 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.
- Nijholt 1996 H. Nijholt, *Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1996.
- Van Nispen tot Sevenaer 1933 C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, 'De rechtsgrond voor de objectivering der begrippen goede trouw, schuld, dwaling e.d.', *WPNR* 1933 (artikelenreeks 3339-3340), p. 544-545 en p. 555-557.
- NVvR 2004 Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, 'Advies inzake Asser/Vranken/Groen: een nieuwe balans. Interim-rapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht', *Trema* 2004/3, p. 89-98.

---

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- |   |  |
|---|--|
| Ophof 1992                                  | H.P.J. Ophof, <i>De actio pauliana: terug van weggeweest of ook: 'weggevoerd'?</i> (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1992.  |
| Opzoomer 1891                               | C.W. Opzoomer, <i>Het Burgerlijk Wetboek. Zevende Deel (Art. 1417-1492)</i> , 's-Gravenhage: Belinfante 1891.  |
| Van Oven 1932                               | J.C. van Oven, 'Onrechtmatigheid en schuld', <i>WPNR</i> 1932 (artikelenreeks 3278-3280), p. 481-483, p. 494-496 en p. 509-512.  |
| Van Oven 1937                               | J.C. van Oven, 'Is een wettelijke regeling gewenscht van de gevolgen van nietigheid eener overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak', <i>Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1937-I, tweede stuk</i> , 's-Gravenhage: Belinfante 1937, p. 1-76.   |
| Parl. Gesch. Boek 3                         | C.J. van Zeven en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, <i>Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen</i> , Deventer: Kluwer 1981.  |
| Parl. Gesch. Boek 6                         | C.J. van Zeven, J.W. Du Pon, M.M. Olthof, <i>Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht</i> , Deventer: Kluwer 1981.  |
| Parl. Gesch. Rv., RO en Fw (Inv. 3, 5 en 6) | W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, <i>Wijziging van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, de wet op de rechterlijke organisatie en de faillissementswet</i> (Invoering boeken 3, 5 en 6), Deventer: Kluwer 1992.  |
| Parry 2001                                  | Rebecca Parry, <i>Transaction avoidance in insolvencies</i> , New York: Oxford University Press 2001.  |
| Pels Rijcken 1931                           | L.D. Pels Rijcken, 'Objectiveering in het privaatrecht', <i>NJB</i> 1931/5, p. 75-79.  |
| Peletier 1999                               | M.E.M.G. Peletier, <i>Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie</i> (diss. Groningen), Den Haag: Boom 1999.  |
| Du Perron 1999                              | C.E. du Perron, <i>Overeenkomst en derden en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking</i> (diss. Amsterdam UvA), Kluwer: Deventer 1999.   |
| Pitlo 1972                                  | A. Pitlo, <i>Evolutie in het privaatrecht</i> , Groningen: Tjeenk Willink 1972.  |
| Pieterman 1990                              | R. Pieterman, 'Rechtswetenschap en sociologie tijdens het leven van Hendrik Jacob Hamaker 1844-1911', <i>Recht der Werkelijkheid</i> 1990/1, p. 15-46.   |
| Van der Ploeg/de Ru 1995                    | T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru, 'Slotbeschouwing: tussen publiek- en privaatrecht', in: T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru, J.W. Sap (red.), <i>In plaats van overheid: recht scheppen door particuliere organisaties</i> , Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 285-296. |
| Polak/Pannevis 2005                         | N.J. Polak, M. Pannevis, <i>Faillissementsrecht</i> , Deventer: Kluwer 2005.   |

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- Polak-Wessels 2003 (III) B. Wessels, *Insolventierecht. Deel III. Gevolgen van faillietverklaring (2)*, Deventer: Kluwer 2003.
- Poortinga 1992 E. Poortinga, 'Beeld van legisme', in: *Rechtsuitgang: opstellen aangeboden aan prof. mr. N.E. Algra ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1992, p. 281-293.
- Prentice/Koehler 2003 R.A. Prentice, J.J. Koehler, 'A normality bias in legal decision making', 88 *Cornell L. Rev.* 583.
- Rachlinski 2005 J.J. Rachlinski, 'Misunderstanding ability, misallocating responsibility', *Brooklyn Law Review* 2005, Vol. 68, <http://ssrn.com/abstract=389700>.
- Rank-Berenschot 1992 E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.
- Van den Reek 1997 W.A.J.P. van der Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht. Beschouwingen over de verhouding tussen de rechter en partijen en tussen partijen onderling* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1997.
- Reis/Gruzen 1976 Reis, H., Gruzen, J. (1976), 'On mediating equity, equality, and self-interest: The role of self presentation in social exchange', *Journal of Experimental Social Psychology* 12, p. 487-503.
- Roelfsema 1893 J.R. Roelfsema, *De beteekenis der woorden 'onrechtmatig' en 'schuld' in art. 1401 B.W.* (diss. Groningen), Groningen: Roelfsema 1893.
- Samuelson/Messick 1986 Samuelson, C.D., & Messick, D.M. (1986), 'Inequities in access to and use of shared resources in social dilemmas', *Journal of Personality and Social Psychology*, 51, p. 960-967.
- Van Schaick 1994 A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1994.
- Van Schilfgaarde 1986 P. van Schilfgaarde, 'Civielrechtelijke misbruikbestrijding', in: P. van Schilfgaarde, P.J. Dortmond, P.C. van der Hoek, H.L.J. Roelvink, H.J.M.N. Honée, *De nieuwe misbruikwetgeving*, Deventer: Kluwer 1986, p. 13-39.
- Van Schilfgaarde 2001 P. van Schilfgaarde, 'Ius vigilantibus scriptum', *WPNR* 6428 (2001), p. 21-27.
- Van Schilfgaarde/Winter 2003 P. van Schilfgaarde (bewerkt door J. Winter), *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003.
- Scholten 1899 P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Scheltema en Holkema 1899.
- Scholten 1921 P. Scholten, 'Nieuwe rechtspraak over de aansprakelijkheid voor dieren en voor kinderen', *WPNR* 1921 (artikelenreeks 2680-2682), p. 201-202, p. 213-215 en p. 221-222.

---

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

- |                 |   |
|-----------------|---|
| Scholten 1938   | P. Scholten, 'De codificatiegedachte vóór honderd jaar en thans', in: P. Scholten en E.M. Meijers, <i>Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1938</i> , Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 1-31.  |
| Schoordijk 1986 | H.C.F. Schoordijk, <i>Vermogensrecht in het algemeen</i> , Deventer: Kluwer 1986.   |
| Schoordijk 1995 | H.C.F. Schoordijk, 'Falende rechtswetenschap', <i>RM Themis</i> 1995/4, p. 144-149.   |
| Schoordijk 1996 | H.C.F. Schoordijk, <i>Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium</i> (oratie UvA Amsterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1996.  |
| Schrage 2003    | E.J.H. Schrage, 'Wilsrechten en de Action Oblique. Over hoogst persoonlijke bevoegdheden en de uitoefening daarvan door crediteuren en andere derden', <i>WPNR</i> 6539 (2003), p. 516-524.   |
| Schut 1979      | G.H.A. Schut, 'Objectivering en subjectivering in het privaatrecht', in: <i>Non sine causa</i> (Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, pp. 395-406.                        |
| Schut 1990      | G.H.A. Schut, <i>Onrechtmatige daad volgens BW en NBW</i> , Zwolle: Tjeenk Willink 1990.  |
| Senden 2005     | L. Senden, 'Soft law, self-regulation and co-regulation in european law: where do they meet?', <i>EJCL</i> 2005/1.  |
| Sieburgh 2000   | C.H. Sieburgh, <i>Toerekening van een onrechtmatige daad</i> (diss. Groningen), Groningen 2000.   |
| Slagter 1999    | W.J. Slagter, <i>Commentaar op de Algemene Bankvoorwaarden</i> , Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effecten-bedrijf 1999.   |
| Slagter 2001    | W.J. Slagter, 'Aanbestedingsaansprakelijkheid: grondslagen en knelpunten', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.V. Weijnen (red.), <i>Aanbesteding en aansprakelijkheid: preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij aanbestedingsgeschillen</i> , Boom juridische uitgevers, Den Haag 2001, p. 1-18. |
| Smits 1995      | J.M. Smits, <i>Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht</i> (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.  |
| Snijders 1973   | W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak (red.), <i>Speculum Langemeijer: 31 rechtsgeleende opstellen</i> , Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 453-471.   |



LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- Snijders 2003a H.J. Snijders, 'Inleiding op de commentaren', in: P. Ingelse (red.), *Commentaren op de fundamentele herbezinning*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 9-24.
- Snijders 2003b W. Snijders, 'Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom 2003, p. 272-281.
- Snijders 2004 H.J. Snijders, 'They have a dream ... een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', *NJB* 2003/32, p. 1696-1707.
- Storme 1997 M.E. Storme, 'Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het Belgisch verbintenissenrecht', *TvP* 1997/4, p. 1861-1935.
- Stouten 2005 J. Stouten, *Virtue summons the fury: Coordination rules and fairness in social dilemmas* (diss. Tilburg), 2005.
- Swanborn 2002 P.G. Swanborn, *Basisboek sociaal onderzoek*, Amsterdam: Boom 2002.
- Tjittes 1994 R.P.J.L. Tjittes, *Hoedanigheid van contractspartijen: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.
- Tjittes 1997 R.P.J.L. Tjittes, 'Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen (red.), *Ondememing en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 375-388.
- Trunk 2000 A. Trunk, 'Avoidance of Transactions under the New German Insolvency Code', in: Ian F. Fletcher, *International Insolvency Review*, 2000/1, p. 37-46.
- Uhlenbruck 1994 Wilhelm Uhlenbruck, *Das neue Insolvenzrecht: Insolvenzordnung und Einführungsgesetz nebst Materialien: mit Praxishinweisen*, Herne/Berlin: Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis 1994.
- Uncitral Rapport 2004a United Nations Commission on International Trade Law, *Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its thirtieth session (New York, 29 March – 2 April 2004)*, A/CN.9/551 (voor het laatst geraadpleegd op 19 juni 2006 via <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/531/74/PDF/V0453174.pdf?OpenElement>).
- Uncitral Rapport 2004b United Nations Commission on International Trade Law, *Draft legislative guide on insolvency law (New York, 29 March -2 April 2004)*, A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) (voor het laatst geraadpleegd op 19 juni 2006 via <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/V03/879/96/PDF/V0387996.pdf?OpenElement>).

---

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- |                       |  |
|-----------------------|--|
| Uncitral Rapport 2005 | <i>Uncitral legislative guide on insolvency law</i> , United Nations 2005 (voor het laatst geraadpleegd op 19 juni 2006 via <a href="http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf">http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf</a> ). |
| Valkhoff 1949         | J. Valkhoff, <i>Een eeuw rechtsontwikkeling: de vernaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie (1838)</i> , Amsterdam: De arbeiderspers 1949.   |
| Valkhoff 1966         | J. Valkhoff, <i>Wetenschap en onwetendheid in het privaatrecht</i> , Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1966.   |
| Veen 2001             | J. Veen, “‘En voor berisping is hier ruime stof’. Over codificatie van het burgerlijk recht, legistische rechtsbeschouwing en herziening van het Nederlandse privaatrecht in de 19 <sup>e</sup> en 20 <sup>ste</sup> eeuw’, <i>Pro Memorie</i> , Amsterdam: Cabeljouwpers 2001.          |
| Van Veen 2002         | W.J.M. van Veen, ‘HR 21 december 2001, JOL 2001, 769 Sobi-Hurks II: Opnieuw een doorbraak in de doorbraak van aansprakelijkheid? De eerste schrede van schuld- naar risicoaansprakelijkheid’, <i>TvI</i> 2002/3, p. 180-183.   |
| Verdaas 1999          | A.J. Verdaas, ‘De aangekondigde doorfinancieringsplicht: overbodig en ondoordacht’, <i>OR</i> 1999/5, p. 182-185.  |
| Verdaas 2006          | A.J. Verdaas, ‘Benadeling door zekerheidsstelling voor “vers krediet” in het “voortraject” volgens Van Dooren q.q./ABN AMRO II. Reactie op de bespreking van het arrest door F.P. van Koppen, <i>TvI</i> 2005, 43’, <i>TvI</i> 2006/1, p. 33-36.   |
| Verschuuren 2004      | J.M. Verschuuren, ‘Codificatie en dynamiek in het milieurecht’, in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), <i>Codificatie en dynamiek</i> , Den Haag: Boom 2004, p. 65-97.  |
| Verstijlen 1998a      | F.M.J. Verstijlen, <i>De faillissementscurator</i> (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1998.   |
| Verstijlen 1998b      | F.M.J. Verstijlen, ‘De aangekondigde doorleverings- en doorfinancieringsverplichting’, <i>NJB</i> 1998/37, p. 1678-1681.   |
| Verstijlen 1999a      | F.M.J. Verstijlen, ‘Het onverplichtheidsvereiste bij de (faillissements)pauliana’, <i>TvI</i> 1999/6, p. 127-131.  |
| Verstijlen 1999b      | F.M.J. Verstijlen, ‘De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening door schuldeisers’, <i>WPNR</i> 6355 (1999), p. 301-308.  |
| Visscher 2002         | L.T. Visscher, ‘De preventieve werking van het onrechtmatige daadsrecht. Empirisch onderzoek naar de werking van aansprakelijkheidsregels’, <i>Recht der Werkelijkheid</i> 2002, p. 59-74.   |
| Visscher 2005         | L.T. Visscher, <i>Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht</i> (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom 2005.  |

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- Vorstman 1939 L.D. Vorstman, *Onrechtmatige daden van derden tegenover partijen bij een overeenkomst* (diss. Utrecht), Enschede: Van der Loeff 1939.
- Vos 2003 P. Vos, *Kredietopvraging en insolventierisico: overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.
- Vranken 1989 J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.
- Vranken 1991 J.B.M. Vranken, 'Een niet wenkend perspectief. Over meerpartijenverhoudingen en de vlucht in het derdenbeding', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu wat worden zal, Liber amicorum H.C.F. Schoordijk*, Deventer: Kluwer 1991, p. 295-307.
- Vranken 1997 J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht', *WPNR* 6288 en 6289 (1997), p. 715-720 en p. 735-739.
- Vranken 2000 J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid, in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duvis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van het contractenrecht: opstellen aangeboden aan B.W.M. Nieskens-Isphording ter gelegenheid van haar afscheid als universitair hoofddocent bij de vakgroep privaatrecht van de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de KU Brabant*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.
- Vranken 2002 J.B.M. Vranken, 'Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie', *WPNR* 6472 (2002), p. 39-47.
- Vranken 2004 J.B.M. Vranken, 'Verantwoording', in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *Codificatie en dynamiek*, Den Haag: Boom 2004, p. 1-6.
- De Vries 2004 M. de Vries, 'Workshop Insolventie en "The sound of silence". Een verslag', *TvI* 2004/6 p. 337-339.
- Vriesendorp 1996a R.D. Vriesendorp, 'Art. 47 Fw: een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *De curator, een octopus*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 65-79.
- Vriesendorp 1996b R.D. Vriesendorp, Annotatie bij Mr. Gispén q.q./IFN, *AA* 1996, nr. 3, p. 183-189.
- Vriesendorp 1999a R.D. Vriesendorp, 'Annotatie bij Verkerk/Tiethoff q.q.', *AA* 1999, nr. 3, p. 164-169.
- Vriesendorp 1999b R.D. Vriesendorp, 'Nawoord bij: Reactie op Verkerk/Tiethoff q.q.', *AA* 1999, nr. 7/8, p. 539-540.
- Vriesendorp 1999c R.D. Vriesendorp, 'Een van de grenzen van artikel 47 Fw nader verkend', *TvI* 1999/10, p. 172-180.

---

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- Vriesendorp/Verstijlen/  
Slegers 1999 R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen, C.W.M. Slegers, *De Garantstellingsregeling curatoren: rapport van de evaluatie van de werking van de Garantstellingsregeling curatoren in de praktijk*, Tilburg: Katholieke Universiteit Brabant, Schoordijk Instituut, Center for Company Law, Tilburgse Onderzoeksgroep Goederen- en Insolventierecht 1999.
- Wedekind 2001 W.G.Ph.E. Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001.
- Wedeven 1968 H.L. Wedeven, 'Dubbele obligatoire overeenkomsten betreffende schaarse zaken en diensten', *WPNR* 5018 (1968), p. 493-498.
- De Weijs 2006 R.J. de Weijs, 'Overwaardearrangementen, de actio Pauliana en de verdeling van zure vruchten', *WPNR* 6652 (2006), p. 82-88.
- Wessels 2003 B. Wessels, 'Rechtsgevolgen van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana', *WPNR* 6535 (2003), p. 415-421.
- Westerman 2006 P. Westerman, 'De onmogelijkheid van deregulering', *NJB* 2006/3, p. 132-137.
- Weterings 2004 W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims: een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, nonnering en geschiloplossing door derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2004.
- Wezeman 2003 J.B. Wezeman, 'De Nederlandse "wrongful trading rules". Enige opmerkingen over aansprakelijkheidsrisico's voor functionarissen van insolvente ondernemingen', *AI&S* 2003/5, p. 158-164.
- Wiarda/Koopmans 1999 G.J. Wiarda, T. Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Winter 1998a J.W. Winter, 'Aantasting van voor het faillissement verplicht verrichte rechtshandelingen', in: L. Timmerman (red.), *Vragen rond de faillissementspauliana* (Insolad Jaarboek 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 65-83.
- Winter 1998b J.W. Winter, 'Afkoelen, doorleveren en doorfinancieren naar huidig, komend en wenselijk (Nederlands) recht', *TvI* 1998/5, p. 91-98.
- Wit/Wilke/Oppewal 1989 Wit, A.P., Wilke, H.A.M., & Oppewal, H. (1989), 'Asymmetrische sociale dilemma's; Het effect van verschillen in middelen en profijt tussen groepsleden op hun bijdrage aan een gemeenschappelijk belang (Asymmetrical social dilemmas: The effect of differences in endowments and interest between group members on their contribution to a common goal)', in: M. Poppe, J. Extra, A. van Knippenberg, G.J. Kok, & E. Seydel (Eds.) *Fundamentele Sociale Psychologie*, Vol. 3, pp. 93-110, Tilburg: Tilburg University Press.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

---

- |                        |  |
|------------------------|--|
| Wit/Wilke/Oppewal 1992 | Wit, A.P., Wilke, H.A.M., & Oppewal, H. (1992), 'Fairness in asymmetric social dilemmas', in: W.B.G. Liebrand, D.M. Messick, & H.A.M. Wilke (Eds.). <i>Social dilemmas: Theoretical issues and research findings</i> , New York: Pergamon Press. |
| Wolfsbergen 1946       | A. Wolfsbergen, E.M. Meijers, <i>Onrechtmatige daad</i> , Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946.  |
| Van Wijngaarden 2001   | M.A. van Wijngaarden, <i>Hoofdstukken bouwrecht. Deel 16: Aanbestedingsrecht: volgens UAR en UAR-EG; Algemene inleiding; Bekendmaking, uitnodiging tot inschrijving, inschrijving</i> , Deventer: Tjeenk Willink 2001.                           |
| Van Zaltbommel 1993    | L.K. van Zaltbommel, <i>De betekenis van het recht als systeem</i> (diss. Amsterdam VU), Zwolle: Tjeenk Willink 1993.  |
| Zaretsky 1995          | Barry L. Zaretsky, <i>Fraudulent transfer law as the arbiter of unreasonable risk</i> , 46 S.C. L. Rev. 1165 (1995).   |
| Zwalve 2006            | W.J. Zwalve, 'Too convenient a form of security to be lightly abolished', <i>WPNR</i> 6665 (2006), p. 349-358.   |

## Bijlage 1: Kwantitatief empirisch onderzoek

### 1 Onduidelijkheden

In hoeverre is, in de beleving van curatoren, duidelijk wanneer een handeling als verplicht of onverplicht dient te worden gekwalificeerd (1=Heel onduidelijk, 5=Heel duidelijk)?

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	2		1,2
2	5		3,0
3	26		15,4
4	69		40,8
5	67		39,6
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 4.15; mediaan 4.00; modus 4; standaard deviatie .870.

In hoeverre is, in de beleving van adviseurs en advocaten van wederpartijen, duidelijk wat onder de verschillende criteria van de faillissementspauliana dient te worden verstaan (1=Heel onduidelijk, 5=Heel duidelijk)?

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	0		0,0
2	6		5,3
3	21		18,4
4	55		48,2
5	32		28,1
Totaal	114	66,3	100,0
Ontbrekende waarden	58	33,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.99; mediaan 4.00; modus 4; standaard deviatie .825.

**In hoeverre is, in de beleving van curatoren, duidelijk wat onder 'benadeling van schuldeisers' dient te worden verstaan (1=Heel onduidelijk, 5=Heel duidelijk)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	3		1,8
2	19		11,2
3	45		26,6
4	65		38,5
5	37		21,9
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.67; mediaan 4.00; modus 4; standaard deviatie .997.

**In hoeverre is, in de beleving van adviseurs en advocaten van wederpartijen, duidelijk wat onder 'benadeling van schuldeisers' dient te worden verstaan (1=Heel onduidelijk, 5=Heel duidelijk)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	3		2,6
2	15		13,2
3	32		28,1
4	51		44,7
5	13		11,4
Totaal	114	66,3	100,0
Ontbrekende waarden	58	33,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.49; mediaan 4.00; modus 4; standaard deviatie .952.

**In hoeverre is, in de beleving van curatoren, duidelijk wat onder overleg dient te worden verstaan (1=Heel onduidelijk, 5=Heel duidelijk)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	10		5,9
2	33		19,5
3	45		26,6
4	52		30,8
5	29		17,2
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.34; mediaan 3.00; modus 4; standaard deviatie 1.149.

**In hoeverre is, in de beleving van adviseurs en advocaten van wederpartijen, duidelijk wat onder overleg dient te worden verstaan (1=Heel onduidelijk, 5=Heel duidelijk)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	5		4,4
2	23		20,2
3	42		36,8
4	30		26,3
5	14		12,3
Totaal	114	66,3	100,0
Ontbrekende waarden	58	33,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.22; mediaan 3.00; modus 3; standaard deviatie 1.046.

**In hoeverre is, in de beleving van curatoren, duidelijk wat onder wetenschap van benadeling dient te worden verstaan (1=Heel onduidelijk, 5=Heel duidelijk)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	4		2,4
2	28		16,6
3	38		22,5
4	62		36,7
5	37		21,9
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.59; mediaan 4.00; modus 4; standaarddeviatie 1.077

**In hoeverre is, in de beleving van adviseurs en advocaten van wederpartijen, duidelijk wat onder wetenschap van benadeling dient te worden verstaan (1=Heel onduidelijk, 5=Heel duidelijk)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	1		0,9
2	19		16,7
3	39		34,2
4	42		36,8
5	13		11,4
Totaal	114	66,3	100,0
Ontbrekende waarden	58	33,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.41; mediaan 3.00; modus 4; standaarddeviatie .929



**In hoeverre is, in de beleving van curatoren, duidelijk wat onder wetenschap van de faillissementsaanvraag dient te worden verstaan (1=Heel onduidelijk, 5=Heel duidelijk)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	5		3,0
2	12		7,1
3	22		13,0
4	57		33,7
5	73		43,2
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 4.07; mediaan 4.00; modus 5; standaarddeviatie 1.055

**In hoeverre is, in de beleving van adviseurs en advocaten van wederpartijen, duidelijk wat onder wetenschap van de faillissementsaanvraag dient te worden verstaan (1=Heel onduidelijk, 5=Heel duidelijk)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	2		1,8
2	6		5,3
3	20		17,5
4	37		32,5
5	49		43,0
Totaal	114	66,3	100,0
Ontbrekende waarden	58	33,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 4.10; mediaan 4.00; modus 5; standaarddeviatie .986

## 2 Bewijsmoeilijkheden

**In hoeverre is het, in de ervaring van curatoren, moeilijk danwel eenvoudig om een handeling als verplicht of onverplicht te kwalificeren (1=Heel moeilijk, 5=Heel eenvoudig)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	1		0,6
2	10		5,9
3	42		24,9
4	90		53,3
5	26		15,4
Totaal	169	98,3	100,0

Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.77; mediaan 4.00; modus 4; standaard deviatie .802.

**In hoeverre is, in de beleving van curatoren, moeilijk danwel eenvoudig om 'benadeling van schuldeisers' vast te stellen(1=Heel moeilijk, 5=Heel eenvoudig)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	1		0,6
2	33		19,5
3	70		41,4
4	53		31,4
5	12		7,1
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Total	172	100,0	

a Gemiddelde 3.25; mediaan 3.00; modus 3; standaard deviatie .871.

**In hoeverre is het, in de ervaring van curatoren, moeilijk danwel eenvoudig om overleg aan te tonen(1=Heel moeilijk, 5=Heel eenvoudig)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	70		41,4
2	59		34,9
3	30		17,8
4	8		4,7
5	2		1,2
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 1.89; mediaan 2.00; modus 1; standaard deviatie .939.

**In hoeverre is het, in de ervaring van curatoren, moeilijk danwel eenvoudig om wetenschap van benadeling (art. 42 Fw) aan te tonen indien een bewijsvermoeden (art. 43 Fw) van toepassing is(1=Heel moeilijk, 5=Heel eenvoudig)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	1		0,6
2	11		6,5
3	45		26,6
4	80		47,3
5	32		18,9
Totaal	169	98,3	100,0

## BIJLAGEN

Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.78; mediaan 4.00; modus 4; standaarddeviatie .850

**In hoeverre is het, in de ervaring van curatoren, moeilijk danwel eenvoudig om wetenschap van benadeling (art. 42 Fw) aan te tonen ZONDER dat een bewijsvermoeden (art. 43 Fw) van toepassing is(1=Heel moeilijk, 5=Heel eenvoudig)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	35		20,7
2	91		53,8
3	36		21,3
4	6		3,6
5	1		0,6
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 2.09; mediaan 2.00; modus 2; standaarddeviatie .781

**In hoeverre is het, in de ervaring van curatoren, moeilijk danwel eenvoudig om wetenschap van de faillissementsaanvraag (art. 47 Fw) aan te tonen(1=Heel moeilijk, 5=Heel eenvoudig)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	18		10,7
2	47		27,8
3	51		30,2
4	37		21,9
5	16		9,5
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 2.92; mediaan 3.00; modus 3; standaarddeviatie 1.141

## 3 Geschillen

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze, in de ervaring van curatoren, betrekking op de kwalificatie van een handeling als verplicht of onverplicht (1=Nooit/heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	9		5,3

2	54		32,0
3	46		27,2
4	49		29,0
5	11		6,5
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 2.99; mediaan 3.00; modus 2; standaard deviatie 1.044.

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze, in de ervaring van advocaten van wederpartijen, betrekking op de kwalificatie van een handeling als verplicht of onverplicht (1=Nooit/heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	8		9,0
2	17		19,1
3	19		21,3
4	33		37,1
5	12		13,5
Totaal	89	51,7	100,0
Ontbrekende waarden	83	48,3	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.27; mediaan 4.00; modus 4; standaard deviatie 1.185.

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze, in de ervaring van curatoren, betrekking op benadeling van schuldeisers (1=Nooit/heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	1		0,6
2	23		13,6
3	43		25,4
4	74		43,8
5	28		16,6
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.62; mediaan 4.00; modus 4; standaard deviatie .938.

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze, in de ervaring van advocaten van wederpartijen, betrekking op benadeling van schuldeisers (1=Nooit/heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	0		0,0
2	6		6,7
3	26		29,2
4	38		42,7
5	19		21,3
Totaal	89	51,7	100,0
Ontbrekende waarden	83	48,3	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.79; mediaan 4.00; modus 4; standaard deviatie .859.

**Indien er - in of buiten rechte - geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze, in de ervaring van curatoren, betrekking op het overlegcriterium (1=Nooit/heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	16		9,5
2	34		20,1
3	56		33,1
4	45		26,6
5	18		10,7
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.09; mediaan 3.00; modus 3; standaard deviatie 1.128.

**Indien er - in of buiten rechte - geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze, in de ervaring van advocaten van wederpartijen, betrekking op het overlegcriterium (1=Nooit/heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	12		13,5
2	28		31,5
3	27		30,3
4	18		20,2
5	4		4,5
Totaal	89	51,7	100,0
Ontbrekende waarden	83	48,3	

Totaal	172	100,0	
--------	-----	-------	--

a Gemiddelde 2.71; mediaan 3.00; modus 2; standaard deviatie 1.079.

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze, in de ervaring van curatoren, betrekking op wetenschap van benadeling (1=Nooit/heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	0		0
2	14		8,3
3	41		24,3
4	76		45,0
5	38		22,5
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.82; mediaan 4.00; modus 4; standaarddeviatie .877

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze, in de ervaring van advocaten van wederpartijen, betrekking op wetenschap van benadeling (1=Nooit/heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	0		0
2	5		5,6
3	25		28,1
4	41		46,1
5	18		20,2
Totaal	89	51,7	100,0
Ontbrekende waarden	83	48,3	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.81; mediaan 4.00; modus 4; standaarddeviatie .824

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze, in de ervaring van curatoren, betrekking op wetenschap van de faillissementsaanvraag (1=Nooit/heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	13		7,7
2	57		33,7
3	60		35,5
4	31		18,3

## BIJLAGEN

5	8		4,7
Totaal	169	98,3	100,0
Ontbrekende waarden	3	1,7	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 2.79; mediaan 3.00; modus 3; standaarddeviatie .989

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze, in de ervaring van advocaten van wederpartijen, betrekking op wetenschap van de faillissementsaanvraag (1=Nooit/heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	14		15,7
2	34		38,2
3	28		31,5
4	11		12,4
5	2		2,2
Totaal	89	51,7	100,0
Ontbrekende waarden	83	48,3	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 2.47; mediaan 2.00; modus 2; standaarddeviatie .978

## 4 Rechtsgevolg

**Hoe vaak neemt de sanctie het nadeel niet weg (1=Heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	1		1,1
2	15		17,0
3	52		59,1
4	19		21,6
5	1		1,1
Totaal	88	51,2	100,0
Ontbrekende waarden	84	48,8	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 3.05; mediaan 3.00; modus 3; standaarddeviatie .693

**Hoe vaak leidt de sanctie tot onnodige restitutieverplichtingen (1=Heel weinig, 5=Heel vaak)?**

	Frequentie	Percentage (totaal)	Percentage (geldig)
1	3		8,3

2	7		19,4
3	16		44,4
4	9		25,0
5	1		2,8
Totaal	36	20,9	100,0
Ontbrekende waarden	136	79,1	
Totaal	172	100,0	

a Gemiddelde 2.94; mediaan 3.00; modus 3; standaarddeviatie .955

## 5 Stijging uitkeringspercentages door opbrengst

**Als het tot een uitkering aan *preferente* schuldeisers komt, met hoeveel % stijgen hun uitkeringspercentages dan ten gevolge van een succesvolle faillissementspauliana (die tot een opbrengst voor de boedel leidt)?**

	0%-5%	6%-10%	>10%
Frequentie (geldig) <sup>1</sup>	44	44	44
Gemiddeld	45,43	21,83	32,74
Mediaan	45,00	22,50	22,50
Modus	50	30	0 en 10
Standaarddeviatie	31,153	13,800	29,346

**Als het tot een uitkering aan *concurrente* schuldeisers komt, met hoeveel % stijgen hun uitkeringspercentages dan ten gevolge van een succesvolle faillissementspauliana (die tot een opbrengst voor de boedel leidt)?**

	0%-5%	6%-10%	>10%
Frequentie (geldig) <sup>2</sup>	44	44	44
Gemiddeld	75,86	12,28	12,08
Mediaan	87,50	10,00	5,00
Modus	90	10	0
Standaarddeviatie	26,316	12,460	21,261

1 De relatief lage frequentie is het gevolg van een verschil in interpretatie van de vraag, een evidente onjuiste beantwoording van de vraag, en het feit dat een aantal respondenten de vraag niet heeft beantwoord of dit niet wilde danwel niet kon. Overigens zijn de niet-meegetelde antwoorden in lijn met de antwoorden die wél zijn meegeteld.

2 De relatief lage frequentie is het gevolg van een verschil in interpretatie van de vraag, een evidente onjuiste beantwoording van de vraag, en het feit dat een aantal respondenten de vraag niet hebben beantwoord of dit niet wilden danwel niet konden. Overigens zijn de niet-meegetelde antwoorden in lijn met de antwoorden die wél zijn meegeteld.





## Trefwoordenregister

Verwezen wordt naar de belangrijkste vindplaatsen

(mede)bepalende invloed.....	67, 68, 70, 73, 150, 159, 164, 165, 167, 169, 186
aanbestedingsprocedures .....	62, 63, 70, 73
accountant .....	80, 82
actieve	
houding.....	70
opstelling .....	65, 66, 67, 69, 70, 123, 124, 196
actio Pauliana .....	1, 251, 254
andere problemen .....	3, 101, 193, 229
autonomiebeginsel .....	225
benadeling	
middellijke.....	41, 137, 157
onmiddellijke.....	137
-svereiste.....	147, 157, 197
van schuldeisers.....	23, 41, 44, 45, 46, 157
beschikkingsbevoegdheid .....	63, 64, 70, 71, 83, 161
betaling.....	206
selectieve .....	Zie selectieve betaling
bewijs	
-last .....	74
-moeilijkheden .....	19, 274
-problemen.....	8, 18, 22, 132
-vermoeden.....	23, 46, 74, 76, 79, 89, 165, 196
contex	
-tualisering.....	30, 32, 33, 40, 126
-tualisme.....	27, 32, 39
contextuele benadering.....	42, 43, 44, 46, 98, 157, 197
co-regulering .....	153, 154, 157, 158, 160, 161, 163, 168, 170
creditors bargain theory .....	114
doorbraak van aansprakelijkheid.....	174
dwangcrediteuren.....	80, 82, 161
efficiëntie .....	111, 166
elastische benadering .....	78, 122, 123
empirisch onderzoek .....	131, 166
enquête.....	8, 9, 10, 11, 12, 13
equity .....	116
financiële middelen .....	18, 19, 75, 84, 85
financiële toestand.....	138, 148, 158, 171
floating charge.....	180
focusgroep .....	10, 11, 13
functionele vergelijkingen.....	7, 51, 127

gebaat .....	88
gebruikelijkheid .....	146, 151, 161, 164, 166, 168
gelieerde wederpartijen.....	<i>Zie</i> gelieerdheid
gelieerdheid .....	159, 160, 169
gelijke kansen.....	73, 74
geobjectiveerd wetenschaps criterium .....	76, 119, 149, 150, 151, 152
geschillen .....	8, 9, 102, 276
gezichtspunten	
-catalogi.....	6, 30, 39, 75, 122, 125
lijsten van .....	42
goede-trouw criterium .....	1, 78, 84, 113, 119, 120, 121, 123, 194, 233
grootaandeelhouder.....	37, 80, 82, 100
hindsight bias .....	127, 165, 224
hoedanigheid .....	143, 150, 151, 159, 168
inbetalinggeving.....	33, 35, 120, 132, 137, 208
informatie	
-asymmetrie.....	70, 73, 115, 124
-voorsprong.....	144, 148, 150, 151, 159
inkongruente Deckung .....	132, 138, 145, 146
insolvabiliteit.....	158
intenties .....	139
kans op gedraging bij wegdenken van (de mogelijkheid van) het faillissement.....	161
kennelijk onbehoorlijk bestuur .....	61, 67, 124, 165, 173, 174, 175, 218
kongruente Deckung .....	132, 138, 145
kwalitatief onderzoek .....	10
kwantitatief onderzoek .....	8
leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden .....	6, 58, 75
legisme .....	27, 29
lijsten van gezichtspunten .....	6, 27
liquiditeitstoets .....	158
maatschappelijke positie.....	73, 160, 161, 163
manipuleerbaarheid .....	33, 120, 193
matrix.....	168, 172
mogelijk nieuwe kritiek.....	<i>Zie</i> nieuwe kritiek
monitoring.....	112, 167, 181, 213
nietigheid	
objectief-relatief.....	88
subjectief-relatief.....	88
nieuwe kritiek.....	2, 5, 224, 229, 230
non-existenteleer.....	89, 90
normaliteit .....	<i>Zie</i> gebruikelijkheid
objectgerichtheid.....	93, 94, 95
objectivering.....	7, 50, 54, 56, 75, 127
omvang van het nadeel.....	162, 163, 164, 169, 170, 182
onbehoorlijk bestuur .....	<i>Zie</i> kennelijk onbehoorlijk bestuur
ondernemersvrijheid.....	165, 174
onderscheid	
kongruent-inkongruent.....	132

tussen een verplichte en een onverplichte (rechts)handeling.....	1, 6, 23, 131
verplicht-onverplicht.....	25, 27, 122, 145, 152, 162, 185, 193
onduidelijkheden .....	8, 39, 44, 81, 102, 103, 197, 229, 271
ontoepasbaarheid.....	<i>Zie toepasbaarheid</i>
overlegcriterium.....	47, 48, 49, 54, 56
pacta sunt servanda .....	25, 111, 152
preference.....	111, 113, 136, 137, 138, 140, 145
preventieve werking.....	111, 114
profiteren van andermans wanprestatie .....	59, 69
publicatieplicht.....	165, 166
rechtshandeling	
onverplichte.....	<i>Zie onderscheid verplicht-onverplicht</i>
verplichte.....	<i>Zie onderscheid verplicht-onverplicht</i>
rechtvaardigheid	
sociale.....	115
rechtvaardiging van de gedraging .....	164
relatieve nietigheid .....	94, 95
relativering van nietig- en vernietigbaarheden .....	89, 92, 95
relativiteitsbeginsel.....	27, 58
restitutieverplichtingen .....	92, 95, 196, 197
samengestelde transactie.....	120, 208
scherpe normen .....	126
schijn van kredietwaardigheid .....	61, 67, 125, 162
schuld .....	50, 51
-vernieuwing.....	33, 120, 208
selectieve betaling.....	61, 67, 124, 162, 173, 174, 175, 216
solvabiliteit.....	<i>Zie insolventie</i>
-stoets.....	158
stappenplan .....	172, 173
steekproef .....	11, 12, 13, 200
theoretische bezwaren .....	3, 97, 98, 99, 101, 185, 193, 229
toepasbaarheid.....	226
transaction at undervalue .....	135, 143, 145, 146
transaction defrauding creditors.....	135
uitkeringspercentages.....	110, 111
Uncitral .....	129, 130
unentgeltliche Leistung.....	133, 146
unmittelbar nachteilige Rechts-handlung.....	133
vennootschapsrecht .....	85, 198
veranderende positie van schadevergoeding en nietig- en vernietigbaarheden .....	7
verdachte perioden.....	130, 138, 145, 148, 149
verhaal	
gebrek aan verhaal.....	18
verkeersopvattingen.....	51, 52, 125
verkoop beneden de werkelijke waarde .....	117, 179, 203
verkoop met daaropvolgende verrekening.....	33, 35, 120, 193, 208
vernietiging.....	7, 87, 88, 90, 93, 179, 180
verrekening.....	124, 174, 175, 221

## TREFWOORDENREGISTER

---

verwijtbaarheid .....	<i>Zie schuld</i>
voordeel	
'eigen' .....	164, 169, 173
-positie .....	70, 74, 115, 124, 148, 150
vorsätzliche Benachteiligung .....	133
waardering	
-svraagstukken .....	45
van goederen, diensten en goodwill .....	45, 46, 170, 187
waarschijnlijkheid .....	53, 127
-soordeel .....	45
-soordelen .....	224
wetenschap	
aan de zijde van de schuldenaar .....	78, 79, 83, 121, 123, 195
van benadeling .....	76, 78
van de faillissementsaanvraag .....	72, 81
zekerheidsrechten	
vestiging .....	211
zelfregulering .....	154
zorgplichten .....	6, 64, 70, 71, 148, 225